

ドイツ刑事訴訟における合意

—— 法律規定（刑事訴訟法第 257 条 c）の基本問題 ——*

グンナー・ドゥットゲ
加 藤 克 佳 [訳]

目 次

- ・ 新しい刑事訴訟法 事実解明から手続迅速へ
- ・ 個別問題
 1. 適用領域 「適当と認めるときに (in geeigneten Fällen)」
 2. 弁護人のいない被疑者・被告人
 3. 合意手続の「審問者 (Inquisitor)」としての裁判所
 4. 中味のある自白から形式的な罪責承認へ
 5. 限定的な拘束と限定的な証拠禁止
- ・ 展望



* 特に 2011 年 3 月 11 日という日本の悲劇的な日 [東日本大震災] を想起しながら、本稿を、私の敬愛する同僚の加藤克佳教授に捧げる。名城大学 (名古屋) で [同年 4 月上旬に] 計画されていた私の講演会は、この悲劇によって遺憾ながら行うことができなかった。本稿は、同時に、加藤克佳教授の論文 (*Katsuyoshi Kato, Konsensuales Strafverfahren - insbesondere Opportunitätseinstellungen und Absprachen in Japan, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, S. 31 ff.*) への応答でもある。[] 内は、訳者が、読者の理解のために適宜補足したものである。また、同様の趣旨で適宜意識したところがある。

・ 新しい刑事訴訟法 事実解明から手続迅速へ

「刑事手続における申合せは、この間に、裁判所の日常から、特に大規模で困難な手続において、もはや除去できない現象となっている (Die Verständigung im Strafverfahren ist ein Phänomen, das aus dem Gerichtsalltag, insbesondere in umfangreichen und schwierigen Verfahren, mittlerweile nicht mehr hinwegzudenken ist)」¹。このような表現から、[この問題についての] 立法作業の理由付けは始められている。この立法作業は、2009年8月、既に1980年代以来密かに又は公然と実施されてきた「取引 (Deal)」² に対して、法政策及び刑事法学における激しい論争の末に、ドイツにおける法律上の正式な許し (Absolution) を与えた。これに先行して出された、連邦通常裁判所 (BGH) 大刑事部のセンセーショナルな「訴え (Appell)」は、自身に課せられた、立法を補充する者 (補充立法者) としての役割に対して不快感を露わにし、かつ、制度として確立された合意 (Apsprache) 手続を、厳格に形式づけられ、その基本構造上和解になじまない刑事訴訟法へと導入することは、裁判官に許される法形成の限界に至っている、と表明した³。しかし同時に、同大刑事部は、合意実務は不可欠で後戻りできないものであることにも、何らの疑いを抱いていなかった。すなわち、「司法の資源が乏しいことを考慮すると、裁判所が、宣告すべき判決の内容について手続関係人と合意することが一般的に禁止されるならば、刑事司法の機能性 (Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz) はもはや保障できないだろう」という⁴。しかし、連邦憲法裁判所 (BVerG) が1987年に、今日まで本テーマに関する唯一の判例において、「正義の理念 (Idee der Gerechtigkeit)」及び公

1 BT-Drucks. 16/12310, S. 7.

2 これを最初に有名にしたのは、"Detlef Deal" こと *Weider*, StV 1982, 545 ff. である。

3 BGHSt 50, 40, 50-52 及び 61 f.

4 BGHSt 50, 40, 54.

正な手続 (faïres Verfahren) という法治国家的要請 (rechtsstaatliches Gebot) を援用して、「判決の衣を着た和解 (Vergleich im Gewande des Urteils)」をはっきりと禁止し⁵、さらにまた、確立した判例において、「最大限の事実説明 (bestmögliche Sachaufklärung)」が憲法上要求されていることからして⁶、ドイツの刑事訴訟法は、それ以後、そして特に、新しい「申合せ法 (Verständigungsgesetz)」⁷ 施行以後の今日、「同意による (konsensual)」訴訟という方法で期待される手続迅速は伝統的な手続原則を損なうことなく可能であるという、嘘とともに生きていかなざるをえないのである⁸。

「刑事手続における申合せ (Verständigung im Strafverfahren)」についての中心的な新规定 (ドイツ刑事訴訟法 [StPO. 以下、「刑訴法」ともいう] 第 257 条 c) は、この自己暗示 (Autosuggestion) によって完全に支配されている。すなわち、公判における量刑に関する取決め (2 項 1 文)⁹ は、証拠調べが行われていないすでに公判開始の時点であっても、「事件の全ての事情の自由な評価に基づ」(3 項 1 文・2 文) く裁判所の提案のみに基づいて、つまり、場合によっては単に捜査記録の評価のみに基づいても行うことが許されると解されているが、それにもかかわらず、刑訴法 257 条 c 第 1 項 2 文によると、裁判所の職権説明義務 (訳注・刑訴法 244 条 2 項) は、「そのまま (unberührt)」維持されるものとされている。

5 BVerfG NJW 1987, 2262, 2263.

6 BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; NJW 2003, 2444; EuGRZ 2007, 586 f. 参照。

7 Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BGBl. 2009 I, 2274).

8 合意に対する批判として既に、Duttge, ZStW 115 (2003), 539 ff. 特に、Fezer, NStZ 2010, 177 ff.; Harms, in: Nehm-FS 2006, S. 289 ff.; Hettinger, in: E. Müller-FS 2008, S. 261 ff.; Müller, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008; Murmann, ZIS 2009, 526 ff.; Rieß, StraFo 2010, 10 ff.; Weigend, in: Maiwald-FS 2010, S. 829 ff.

9 [特に問題となるのは] より正確に言えば、合意がなければ 有罪宣告と不可分に下される終身自由刑を [合意により] 排除する場合である。適切な指摘をするものとして、Kato (前掲注*), S. 41.

しかし、「最大限の事実解明」は、全ての手続関係人が関与した公開の証拠調べが全く行われない場合、又は事前に終了したと表明され、これによりあるいはなお存在する（さらなる）証明の可能性への視点が閉ざされる場合には、実際の訴訟の成行きを最大限意識する義務を裁判所に課したとしても、どのように保障されるというのであろうか？¹⁰ これまでの証拠法が、証拠評価を先取りすることの基本的禁止によって特徴づけられていたことは、理由がないことではない¹¹。なぜなら、真実探求をできる限り公開の場で行う場合にのみ、ことによると生じうる誤った認定、誤った推論、多くの予断を批判的に弾劾し、かつ、これらを適時に論破することができるからである。これに反して、「合意 (Absprache)」による裁判は、事実関係の早期の認定に依拠しており、これは、構造的に、さらなる探求の端緒が遮断されること、結果的に起訴事実が 裁判所による提案の決定的な基礎として そのまま妥当することを含意している。あらゆる取引は、構造的に、減刑を受けることで無罪判決を受ける機会を放棄することにより特徴づけられるから、そこには同時に、思考必然的に、責任主義違反の高度の危険が存在する。しかも、これは、責任に相応した刑の下限を下回るという視点においても、また、例えば公判のスティグマ効果と「和解提案 (Vergleichsangebot)」という心理的圧力の下で、場合によっては虚偽自白の提供を求められる無実者との関係においても、存在するのである。したがって、「申合せ (Verständigung)」に向けたあらゆる思考の基礎には既に、無罪推定原則の違反が認められる。なぜなら、被告人 (Angeklagter) の罪責は、もはや証明されることなく (ヨーロッパ人権条約 [EMRK] 6 条 2 項参照)、裁判所の最初の和解提案によって前提とされているからである¹²。

10 これにつき既に、*Duttge*, in: Karras-FS 2010, S. 423, 454 f.

11 この点につき、*Fezer*, in: BGH-FG aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 847, 876; *Schulenburg*, Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung im Strafprozess, 2002, 特に S. 49 ff.; SK/StPO/*Schlüchter*, § 244 Rn 52.

12 この点につきより詳しくは、*Duttge*, in: Karras-FS 2010, S. 423, 457 ff.

しかし、立法者は、刑事訴訟における合意に対するこれら全ての根本的疑問を、最終的に無視した。その結果、ドイツにおける議論の重点は、この間に他へと移った。すなわち、刑事訴訟法学者の中の [合意] 批判者にとっても、取引の非合法性を強調すること、展開過程を再度過去に引き戻すことは、もはや重要ではなくなった。連邦通常裁判所も立法者も [合意の] 類型的な禁止を否定した¹³ 今となつては、せいぜい連邦憲法裁判所が基本法の権威を持って介入することが考えられるが、それもほとんど見込みが薄いであろう。むしろ、現在の関心事は、新法をできる限り制限的に解釈し、そこに残された裁量の範囲を、少なくとも極めて酷い不正義を阻止できるように限定することにある¹⁴。

以下、本稿では、現在集中的に議論されている、新法規定についての個別問題を検討する。その一部は、既に最高裁の判例によっても取り組まれている。しかし、既にこのような 単に部分的にとどまる 選択は、立法者は合意の承認によって結果的に全く独自の「刑事訴訟の第 2 の路線 (zweiter Spur des Strafprozesses)」¹⁵ への扉を開いた、ということを示唆している。この開扉により私達が最終的にどのような道へ進むかは、まだ闇の中である。

． 個別問題

1. 適用領域 「適当と認めるときに (in geeigneten Fällen)」

長い刑事手続法の伝統からの転換におけるこのようなシステム変化は、少なくとも、非常に限定された適用範囲しか持たない「実験的モデル

13 適切にも、*RieB*, *StraFo* 2010, 10 は、「純法律的には、その (合意の) 許容性を疑問視することはもはやできない」という。

14 このような基本方針に、2010 年ドイツ法曹大会刑事法部会の明らかな多数意見も従った。その決議につき、http://www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf。

15 *Salditt*, in: *Widmaier-FS* 2008, S. 545.

(Modellversuch)」という意味で、新たな訴訟の型をまずは試みるという立法者の意図を期待させるものであった。しかし、刑訴法 257 条 c は、審級の観点においても（例えば区裁判所の手続に限定する）、また、犯罪の重さ（例えば軽罪に限定する）¹⁶、予測される刑の重さ、又は関連する犯罪領域の観点においても、何らの限定をしていない。したがって、法律上は、重大犯罪、性犯罪、さらには少年犯罪（少年裁判所法 [JGG] 2 条参照）でさえ、そこで支配される教育的思想を顧みることなく、「合意 (Absprache)」による手続の終結からおよそ排除されるということにはなっていない¹⁷。たしかに、法律は、その 1 項 1 文で、この選択肢は「適当と認めるときに (in geeigneten Fällen)」のみ用いることができるという、当然のことを述べている。しかし、どのような基準によってこの適当性を図るべきかという具体化をその都度必要とし、その判断は各々の管轄裁判所の随意に委ねられている¹⁸。つまり、結果的に、「事実上の規範的力 (normative Kraft des Faktischen)」という標語が支配するのである。裁判所が、追求した申合せを得ることに成功したとき、他の手続主体の同意は、明らかに「適当と認めるとき (geeigneter Fall)」であると扱わなければならないことの証左として機能する¹⁹。裁判所をこの点で拘束し、かつ統制することに対しては、新たな方策を最大限効率化するために、一般的に見て、明白な反発が存在する。2010 年ドイツ法曹大会刑事法部会も、合意手続の適用条件を詳細に規定すべきであるとの提案に対して、明白な否定的態度を示した²⁰。この点に存在するパラダイム変換は、まさに根本

16 これを断固拒否したのは、2010 年ドイツ法曹大会刑事法部会の多数意見である（前掲注 14 の Beschluss C., II., 5a, bb を見よ）。

17 このように明言しているのは、BT/Drucks. 16/12310, S. 9 f. である。Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 257c Rn 7 も見よ。

18 「早計に合意に逃避しては」ならないとの大刑事部の警告 (BGHSt 50, 40, 49) は、拘束力のない訴えにすぎない。

19 そのように断ずるものとして、Burhoff, ZAP 2009, Heft 23, F. 22, S. 477 (online: http://www.burhoff.de/insert/?veroeff/aufsatz/zap_F22_S477.htm) もある。

20 Beschluss C., II., 5a, aa).

的なものである。すなわち、過去に導入された刑事訴訟迅速化のための特別手続は、全て、その適用範囲が限定された例外として、特に重くない犯罪に限定して考案されている（刑訴法 153 条以下、407 条以下、417 条以下）。これに対して、今や、その守るべき形式と「チェック・アンド・バランス (check and balances)」の比較衡量的制度を持つ「通常手続 (Normalverfahren)」が、法律上もある種の「贅沢品 (Luxus)」となり、他方で、「迅速手続 (Schnellverfahren)」が、良識により選択可能な通常事例となってしまった²¹。しかし、「良識 (gutes Gewissen)」が刑法適用に際して根本的に禁止されること [は当然であり、このこと] を認識するために、偉大な刑事法哲学者グスタフ・ラートブルッフ (*Gustav Radbruch*) を想起するまでの必要もないであろう²²。

2. 弁護人のいない被疑者・被告人

これ [合意手続の導入] によって、多くの者が危惧し、法治国家におよそ適さない「2 階級司法 (Zwei-Klassen-Justiz)」が、[ドイツ刑事司法に] まさに組み込まれることとなった。なぜなら、新たな道具を使用する契機は、裁判所にとって、それにより手続迅速化が期待できる場合にしか存在しないからである。しかし、法的に単純な状況の事例や証拠状態が明白な場合には、被疑者・被告人 (Beschuldigter) は、迅速化を「反対給付 (Gegenleistung)」として提供することができない。それゆえ、刑事司法にとって、「通常の刑罰 (Normalstrafe)」を科するのを放棄する理由もない²³。このことは、被疑者・被告人の側に弁護人がいない場合、なおのこと妥当する。なぜなら、弁護人は、法的素養がない素人よりも、起訴

21 既に現行法上存在する「同意的要素 (konsensuale Elementen)」についての通例の言い回し (特に例えば、*Rosenau*, in: *Rosenau/Kim*, *Straftheorie und Strafrecht*, 2010, S. 45, 57 ff. 及び 66) は、このような根本的相違を隠蔽している。

22 *Radbruch*, *Kleines Rechtsbrevier* (Hrsg.: Fritz v. Hippel), 1954, Nr. 100 (= S. 44).

23 適切にも、*Murmann*, *ZIS* 2009, 526, 535.

事実に対して何らかの異議を申し立てて、これにより、手続迅速が減刑を与えても手に入れるべき価値のある利益であると思わせる契機を裁判所に与える可能性ははるかに多いからである。全ての被告人の平等な取扱い、そして同様に「武器対等 (Waffengleichheit)」の要請は、合意手続に関する裁判所の裁判を必要的弁護事件 (刑法 140 条) として位置付けることを考えさせる [はずである]²⁴。しかし、立法者は、この点を、少年刑事手続に関してのみ「原則 (in aller Regel)」として要求するにとどまり²⁵、成人に対する全ての手続では「2 階級司法 (Zwei-Klassen-Justiz)」に対する懸念を、まさに、合意手続の適用可能性を弁護人のいない被告人についても基礎付けるための論拠としている²⁶。しかし、こうした形式的な平等取扱いは、実質的な不平等・不公正を抱えた実際の実務への視点を遮るものでしかない!

3. 合意手続の「審問者 (Inquisitor)」としての裁判所

個別の手続態様に関して、刑法 257 条 c 第 3 項 1 文・4 文によれば、「申合せ (Verständigung)」の成就により手続が終結するのは、「被告人と検察官が裁判所の提案に同意する場合 (wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen)」である。この手続モデルに関しては、まず、訴訟参加人には、通常手続において認められている参加権や、それ以外の場面では強調される「犯罪被害者の保護 (Opferschutz)」の視点を無視して、何ら対話権 (Mitspracherecht) はなく、拘束的ではない「態度表明 (Stellungnahme)」のための機会 (3 項 3 文) しか与えられていないという点が注目される²⁷。例えば、

24 これと同旨なのは、Lüderssen/Jahn, in: Löwe/Rosenberg (LR), Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2007, § 140 Rn 77

25 BT/Drucks. 16/12310, S. 10 参照。

26 BT-Drucks. 16/12310, S. 2.

27 適切にも、この点を批判するのは、Schöch, Diskussionsbeitrag anlässlich der Verhandlungen des 68. DJT 2010. しかし、刑事法部会の多数意見はこれに反

重罪の被害者である強姦被害を受けた女性（ドイツ刑法 [StGB. 以下、「刑法」ともいう] 177 条 2 項 1 文参照）は、加害者に対して「申合せ (Verständigung)」の方法で執行猶予付きの刑（2 年の執行猶予刑。刑法 56 条 2 項参照）が「提供される (angeboten)」ような事態を、阻止することはできない。さらに注意を要するのは、法を適用する権限は、基本法 [GG] 92 条・97 条により、指示に拘束されない裁判官にもつばら与えられているにもかかわらず、検察官は、このような方法により手続の結末を [裁判官と] 共同して決定する機能を付与されることになるという点である²⁸。しかし、裁判所に「提案 (Angebot)」の主導権が付与されるという場合には（刑訴法 257 条 c 第 3 項 1 文）、もはや裁判所の中立性を期待することはできない。なぜなら、そのようなことは、必然的に、被告人への責任非難に基づいてのみ行うことができるからである。それゆえ、現在の学説は、被告人に対して圧力を加えたとの印象を与えないようにするために、裁判所は謙抑的になり、被告人及び（又は）検察官の申立てを待つべきことを提案している²⁹。しかし、法律には、そのような規定は何も置かれておらず、このことは、アングロ・アメリカ法域の「答弁取引 (plea-bargaining)」³⁰と比較しても、基本的な欠陥を示している。すなわち、裁判所は、追求される手続迅速・負担軽減効果に関しておよそ中立で固有の利益を持たないとはいえないにもかかわらず、裁判所が合意手続の中心的な主体へと祭り上げられてしまうのである³¹。

対した。Beschluss C., II., 5a, dd 参照。同様の強い批判は、*Weigend*, in: *Maiwald-FS* 2010, S. 829, 835 にも見られる（「犯罪被害者を周辺に追いやるもの (Marginalisierung des Verletzten)」という）。

28 憲法上の疑念につき *Meyer-Goßner* (前掲注 17), § 257c Rn 5. それ以前にも既に同様の指摘として、*Duttge*, in: *Böttcher-FS* 2007, S. 53, 63; *Schünemann*, *ZRP* 2009, 105.

29 *Ambos/Ziehn*, in: *Radtke/Hohmann* (Hrsg.), *Strafprozessordnung*, 2011, § 257c Rn 30 参照。

30 これについて詳しくは、*Vogler*, *ZStW* 116 (2004), 129, 136 ff. (文献一覽付き) がある。

31 利益状況について詳しくは、*Schoop*, *Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht*,

この裁判所の非常に大きな権限が実務でどのように作用しうるかは、連邦通常裁判所が 2005 年に裁判を下した事件において現れた。すなわち、ある麻薬不法取引の手續において、裁判長は、第 2 回審理期日に、被告人に対し、包括的な自白をすれば減輕した自由刑を言い渡すことを約束した。しかし、裁判長によれば、これに「同意しなかった (Nichteinigung)」場合には、裁判所は、保安監置 (Sicherheitsverwahrung, 刑法 66 条) を命ずるということであった。被告人が自白することを拒否したため、刑事部は、次の審理期日において、被告人を鑑定するために鑑定人を召喚することとした。連邦通常裁判所は、このような手續態様が採られた点に、正当にも「重大な法違反 (Schwerwiegender Rechtsverstoß)」を認められた³²。原裁判所は、法律に違反して (刑訴法 257 条 c 第 2 項 2 文参照)³³ 保安監置命令を判決合意の対象とし、これによって被告人に自白を強要しようとした、と判示したのである。

4. 中味のある自白から形式的な罪責承認へ

このように自白の持つ意義が増大していることに照らしても、中世の糾問主義訴訟への回帰が認められる。すなわち、刑訴法 257 条 c 第 2 項 2 文によれば、自白は「全ての合意の構成要素 (Bestandteil jeder Verständigung)」とされ「なければならない (soll)」。刑事司法がこの方法で「良識 (gutes Gewissen)」を得ようとするこの意図は、明白である。つまり、被告人が自分の罪を認めている場合、誰が、その有罪判決の正統性をなおも疑うであろうか？ 虚偽の自白が提供されるかもしれないとい

2006, S. 39 ff. 正当にも、*Kato* (前掲注*) , S. 41 も、このような「裁判所を中心とする合意手續 (gerichtszentriertes Abspracheverfahren)」への反対モデルとして、検察官及び弁護人がより強く担い手となる手續モデルを提案している。同旨、*Rieß*, *StraFo* 2010, 10, 12.

32 BGH *NStZ* 2005, 526.

33 以前にも同旨のものとして既に、BGH, *Urteil v. 28.05.1998* 4 *StR* 17/98 *BeckRS* 1998, 31357647 がある。

うこと、そして、これは、[被告人が]「長い道のり (Langstreckentarif)」³⁴を選択した場合の厳しい制裁と比較して本質的に軽い刑による迅速な手続終結が提案された結果であるということは、そこでは見逃されている。期待されるその「信用性 (Verlässlichkeit)」³⁵は、立法者が自白の信用性に質的な要求を付加することを意識的に放棄したことから、なおのこと正当化されない。たしかに、現在の刑訴法学説は、連邦通常裁判所の判例³⁶と一致して、アメリカ合衆国の *nolocontendere* (「私はもはや争わない」の意味である) に類した内容のない「形式的自白 (Formalgeständnis)」では不十分である、と解釈している³⁷。しかし、一般的に、自白の「一致性 (Stimmigkeit)」と「支持可能性 (Tragfähigkeit)」は捜査記録を手がかりに審査することが許され、さらなる証拠調べによる必要はないとされているため³⁸、実務は、しばしば、被告人が公訴事実を単に承認すること [単なる有罪の自認]、しかも弁護人の朗読によるもので、足りるとしている³⁹。このような形式的な罪責承認で足りるとする立場は、「最大限の事実解明という宣言」(前掲) が実際上は単に机上のものにすぎなくなっているという視点からも、改めて認識することができる⁴⁰。

5. 限定的な拘束と限定的な証拠禁止

他方で、職権解明義務への形式的な拘束力は、裁判所の裁量を公平原則に反してさらに拡張するために用いられる。すなわち、裁判所が、「申合せ

34 多くの刑事部裁判長の実務について、*Weider* NStZ 2002, 177 ff: は、(争いのある (streitig) 審理の場合の)「長い道のり (Langstreckentarif)」、(被告人質問までの審理の場合の)「中間的な道のり (Mittelstreckentarif)」、(短い道のり (Kurzstreckentarif) (起訴状に基づく判決) の間の差異を論じている。

35 BT-Drucks. 16/12310, S. 13.

36 BGHSt 50, 40, 49; BGH NStZ 2009, 467.

37 *Ambos/Ziehn* (前掲注 29), § 257c Rn 25 参照。

38 同旨のものとして、*Fezer* NStZ 2010, 177, 181; *Meyer-Goßner* (前掲注 17), § 257c Rn 17.

39 *Schlothauer/Weider*, StV 2009, 600, 602 参照。

40 適切にも、*Meyer-Goßner* (前掲注 17), § 257c Rn 17.

(Verständigung)」締結後に、「法律上又は事実上の重要な事実が看過されていた (rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen) こと」又は「それらの事情が新たに生じた (sich neue ergeben haben) こと」を認め、「予測した量刑の枠がもはや事実又は責任に適合しない (der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen)」と判断・結論したときは、手続関係人への「遅滞のない (unverzüglich)」通知によって (刑訴法 257 条 c 第 4 項 1 文・4 文)、裁判所の合意への拘束力を一方的に取り消すことができる。「合意は守られるべきである (pacta sunt servanda)」との法格言は、他の手続関係人には妥当するが、裁判所には妥当しない⁴¹。つまり、被告人は、当然ながら、約束したこと又は既に提供したことを自ら撤回することは禁止される。そして、自白の撤回は、常に信用性がないものと評価され、例えば証拠申請の機会の放棄 (刑訴法 244 条 3 項乃至 6 項・245 条参照) のような訴訟態度を約束しながらこれを遵守しなければ、既に法律上、裁判所との関係でも拘束力を消滅させる結果となるであろう (刑訴法 257 条 c 第 4 項 2 文参照)。刑の減輕と「訴訟上のよい態度 (prozessuales Wohlverhalten)」とを結び付けてよいかに対する基本的な疑問⁴²は別としても、この手続ルールは、明らかに信頼の原則 (Vertrauensprinzip) に反する。すなわち、被告人は、法律上、裁判所が約束したことを実際には信頼できない、という手続に組み込まれてしまっている⁴³。その際、拘束力からの許される自己解放 (Sich-Lösen) のための条件は、明らかに広く解されている。つまり、例えば、裁判所は当初は一件記録を精査していなかった⁴⁴、又は法

41 Weigend, in: Maiwald-FS 2010, S. 829, 841 (判決は事実上裁判官が予測したような結果となるという意味で、…被告人には不確実な選択権しかない (wackelige Option des Angeklagten …, dass das Urteil tatsächlich so ausfällt, wie es der Richter prognostiziert hat) と説く) を見よ。

42 正当にもこれを否定するものとして、Meyer-Goßner, ZRP 2009, 107, 108; Niemöller, GA 2009, 172, 179 f.

43 これにつき、Duttge/Schoop, StV 2005, 421 ff.を見よ。

44 Murmann, ZIS 2009, 526, 537 f.

律上誤って⁴⁵理解していたという理由で、裁判所が単に事実点又は法律点における自身の見解を変更しさえすれば、實際上、それで十分とされるのである。

それでも、裁判所による片面的な合意の解消により、自白は使用できないものとなる（刑訴法 257 条 c 第 4 項 3 文）。このような「契約の基礎 (Vertragsgrundlage)」が失われた場合には本来当然のことであるが、しかし驚くほどためらいがちに取り込まれた法律効果⁴⁶は、手続の公正さの観点から、この間次第に、「トロイの木馬 (trojanisches Pferd)」としての正体を現してきている。第 1 に、連邦通常裁判所は、この規定から、使用禁止はそこに明文で規定された事例群にしか関係しない、それゆえ、その反対解釈から (argumentum e contrario) 裁判所のその他の瑕疵は、それが合意の違法性を根拠付ける場合でさえ、自白の証拠能力に影響しない、ということを導いている⁴⁷。いずれにせよ、当該瑕疵が裁判所のみ責任である場合には、信頼保護思想が妥当し、刑訴法 257 条 c 第 4 項 3 文の類推適用又は公正な裁判の原則に直接遡ることが考えられる。しかし、これまで、刑訴法学説の中で、これを認める (認めようとする) 見解はわずかである⁴⁸。第 2 に、同様のことは、裁判所の合意からの離脱が上訴審で初めて行われた場合にも妥当するはずである。すなわち、このことは、通説的見解が、刑訴法 257 条 c 第 4 項による拘束力を「申合せ (Verständigung)」を自ら行った裁判所にものみ関係付けられるとしてい

45 適切にも、Weigend, in: Maiwald-FS 2010, S. 829, 843 は、このルールは、「情報負担の公平な分担とさほど関係がない (Mit einer fairen Verteilung der Informationslasten hat diese Regelung nicht viel zu tun)」としてこれを批判する。

46 驚くべきことに、BGHSt 50, 40, 51 は、[この問題を] なお未解決なままである。批判的評釈として、Duttge/Schoop, StV 2005, 421 ff.

47 BGH, Beschluss v. 01.03.2011 1 StR 52/11 は、罪責問題についての許されない合意についても (!)、そのようにいう。刑訴法 257 条 c5 項の誤解につき、BGH StV 2011, 76 f. も見よ。

48 以下を参照。Drießen StV 2011, 43, 44; Meyer-Goßner (前掲注 17), § 257c Rn 31; SK/StPO/Velten § 257c Rn 32.

ることからも、容易に想定することができる。これに対し、上告審において判決が破棄され、それによって差戻しを受けた事実審の裁判体は（刑訴法 354 条 2 項・3 項参照）、手続の同一性があるにもかかわらず、先行する合意にそもそも全く拘束されない⁴⁹。これによって、およそ上訴提起への抑止的効果が生ずることは別としても、連邦通常裁判所⁵⁰は、この間に、少なくとも同様に被告人の自白を排除することも否定している。これは、[訴追側・被告側の] 双方に妥当するスローガン「新しいゲームから新しい運が生まれる！（Neues Spiel, neues Glück!）」に依拠している。むしろ、刑訴法 257 条 c 第 4 項 3 文の証拠使用禁止規定は、この点においても、およそ完全に法実証主義的に解釈されている。すなわち、拘束力がおよそ生じない場合には、本規定の 1 文により合意から片面的に離脱することもない。そして、使用禁止は、周知のように、「このようなとき（diese Fälle）」にのみ適用される。その代替として連邦通常裁判所が設けた不利益変更禁止（刑訴法 358 条 2 項）の適用は、事態に即さないばかりでなく、検察官のみが上訴を提起し、被告人が上訴をしなかった場合には、被告人にとってもはや何らの保護とはならないのである⁵¹。その他の使用禁止の射程を制限することによって提起される問題、例えばその波及効（Fernwirkung）⁵²は、ここでは、もはや詳論することはできない。

49 例えば、*Meyer-GoBner*（前掲注 17），§ 257c Rn 25 を見よ。

50 BGH StV 2010, 470（この批判的評釈である *Wattenberg*, StV 2010, 472 f. 付き）。同評釈は、連邦通常裁判所と異なり、控訴審である OLG Düsseldorf StV 2011 に賛成する。連邦通常裁判所は、上訴及び事実審査裁判所への差戻し後の証拠使用禁止を禁止しなかったが、これに反し、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、控訴審について 刑訴法 257 条 c 4 条 3 文の規定の適用を支持した。

51 この点は、適切にも、*Wattenberg*, StV 2010, 471, 473 が強調している。

52 これに賛成するものとして、例えば、*Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2629; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 538 がある。通常の事例につき反対するものとして、*Meyer-GoBner*（前掲注 17），§ 257c Rn 28 がある。異論として、*Niemöller*, in: *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Hrsg.), *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, 2010, Rn 150.

. 展望

以上によっても、個別問題の包括的な一覧が全て示されたわけではない。既に簡潔に述べたいわゆる「制裁のはさみ (量刑較差。Sanktionenenshere)」⁵³の問題は、詳細に検討すべきものである。つまり、非常に較差のある2つの制裁が裁判所から提示されることにより、被告人には、「飴と鞭 (Zuckerbrot und Peitsche)」の混合によって同意が強制されるおそれがある。たしかに、最高裁判所の判例は、一般的には、そのような強制がそれに引き続く合意を刑訴法 136条 a の法意に基づいて無効とする、ということを認めている⁵⁴。しかし、量刑に際して、そして特に迅速効果を減刑の基礎として算定するにあたって、裁判所には広範な裁量があるので、提示された2つの制裁間の幅はなお跡付け可能であるのか、又は支持できないものであるのかを認識させる基準が欠けている。判例は、これまで、この点につき、合理性からはほど遠く、直感的にのみ評価している。3年の幅はなお承認できるが、4年はもはや承認できない、などがその例である。大刑事部の極めて柔軟な表現によれば、合意に基づく制裁と争われた手続の場合に予測される制裁との差異は、「それが... 自白による相当な減刑ということではもはや説明できない (dass sie ... mit einer angemessenen Strafmilderung wegen eines Geständnisses nicht mehr erklärbar)」程度のもとなってはならない、とされる⁵⁵。[しかし、]「責任に相応する刑罰 (schuldangemessenes Strafen)」という遵守されるべき原則を崇高に主張したとしても、実用性が欠けるので、ここで要求される妥当性は認め

53 手続の現実から生ずる例に基づくものとして、*Duttge*, in: *Böttcher-FS 2007*, S. 53, 55 f.

54 BGH NSTz 2008, 170 f.

55 BGHSt 50, 40, 50. 具体的な提案をするものとして、*Altenhain/Hagemeier/Haimerl*, NSTz 2009, 78 ff. 及び *Meyer-Goßner*, in: *Schünemann-Symposium 2005*, S. 235, 239 (被告人が自白しなかった場合の刑は自白した場合の刑の3分の1を超えてはならない、又は、「刑の割引 (Strafrabatt)」は「通常の刑 (Normalstrafe)」の20 - 30%を超えてはならない、とする) がある。

られないのである。

この重要な問題点に全精力を集中する代わりに、連邦通常裁判所の各部分は、現在のところ、事実審裁判所は被告人に対して合意による考える手続結果を通知する際に、法律の表現から想定されるように、常に刑の上限「及び (und)」下限を提示しなければならないか (刑訴法 257 条 c 第 3 項 2 文)、又は、そのような刑の幅の代わりに上限の提示のみでも足りるか、という問題に取り組んでいる⁵⁶。この問題は、明らかに、「点の刑 (特定の刑。Punktstrafe)」の禁止と関連している。つまり、事実審裁判所は、刑事判例によると、被告人への提示に際して具体的な刑を提示してはならない⁵⁷。しかし、やはり刑事判例によると⁵⁸、従来の事実審裁判実務においておよそそれが通常であったように、後に宣告された刑が約束された刑の上限と同一であるという場合も、およそ無害であるならば、そのためになお重要ではない下限を示さなければならないかという問題は、およそ重要でない⁵⁹。いずれにせよ、実務は、将来において、上限ではなく下限を黙示的に重要な重さとして提示する、という程度に変化するにすぎないであろう⁶⁰。とはいえ、その際、具体的な刑が約束されたということに変わりはないので、学説は、「点の刑 (Punktstrafe)」禁止の意義に疑いを抱いている。しかし、このことは、本来の中心的問題点を何も変えるものではない。すなわち、比較される 2 つの考えられる刑罰の提示は、自ずと、被告人の情報の要求によって正当化されるが、しかし、術策的・策略的で不公正な手続態様をもたらす落とし穴を形成してしまうのである。

それ以外にもまた、刑事法実務は、個別の多くの場面において、法的限

56 BGH StV 2011, 75 f.; NStZ 2011, 170 参照。

57 例えば、BGHSt 51, 84, 86.とりわけ、BGH StV 2011, 78, 79.

58 とりわけ、BGH NStZ 2010, 650.

59 この意味で、*Meyer-GoBner* (前掲注 17), § 257c Rn 20 f.の予測を参照。

60 例えば、*Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 331 (「密かに、点の刑が同意されるであろう (Man wird sich heimlich auf eine Punktstrafe einigen)」と説く)を見よ。

界を潜脱することにかけては創造的 (kreativ) である⁶¹。例えば、法律は、「申合せ (Verständigung)」が形成される手続においては上訴の申立てを放棄することはできない、と定めている (刑訴法 302 条 1 項 2 文)。この方法で、被告人には、迅速な確定に向けた裁判所の期待があるにも拘わらず、上訴申立ての期間内において熟慮する機会が引き続き確保される⁶²。しかし、この間に、裁判実務はどのように手続してきたであろうか？ 例えば、上訴の放棄ではなく、上訴を提起し、直ちにそれを取り下げるものが約束されることがある。禁止規定は、この場合には適用されない。なぜなら、上訴の取下げは、上訴の放棄とは異なるからである。これにつき、連邦通常裁判所はどのように判決するであろうか？ 同裁判所は、被告人は、自ら、判決を承認するか否かを認識しているに違いないとして、被告人の主體的地位を援用し、この実務を承認するであろう！⁶³

以上から、本稿のまとめは、非常に冷ややかなものとなる。すなわち、以前、私は、「合意麻薬 (Absprachendroge)」⁶⁴ と呼んだことがある。それは、この間にドイツの全刑事法実務に及び、高度に中毒を招いているものである。新たな「申合せ法 (Verständigungsgesetz)」は、「取引 (Deal)」を、隠れた沼地から公然の場所へと引き出した。これは、そのような措置を法治国家的に支持可能な程度に限定することを目的とするも

61 法的事実に関する [実証的] 研究として、*Altenhain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen im Wirtschaftsstrafverfahren, 2007; *G. Schöch*, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007 がある。手続の実態については、さらに、*Fischer StraFo* 2009, 178 ff. もある。

62 こうした新規定に意味があるか否かは、迅速な手続終結に被告人が利益を持つか否かに照らして見解が分かれる。賛成するものとして、*Weigend*, in: *Maiwald-FS* 2010, S. 829, 844 があり、反対するものとして、*Meyer-Goßner* (前掲注 17)、§ 302 Rn 26c/d; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 534 (「バターナリスティックに熱意がある (paternalistischer Eifer) [にすぎない]」と説く) がある。

63 BGHSt 55, 82 ff. これを否定するものとして、*Malek StraFo* 2010, 251 f.; *Meyer/Goßner*, StV 2011, 53; *Niemöller*, StV 2010, 474 (「法律回避のまさに古典的な例 (geradezu klassischer Fall der Gesetzesumgehung)」と批判する); *Radtke*, in: *Radtke/Hohmann* (前掲注 29) § 302 Rn 40.

64 *Duttge/Schoop*, StV 2005, 421 (*Weigend*, NStZ 1999, 57, 63を参照している).

のであった。そして、連邦通常裁判所は、明らかに、事実審裁判実務に対して融和的な態度で橋を架け、実務を合法化へと導きつつ、当該事象に対する自身の影響力を失わないように務めている。しかし、普及してきた非公式の合意実務における長期の「麻薬中毒 (Drogensucht)」が今後さほど見込まれないという状況になったとしても、その1つの問題は、依然として重要なままである。たしかに、実務は、法律及び判例によって、合法性の衣をまとうことができる⁶⁵。しかし、実質的な合法性を取り戻すことはできない。法と司法の名声、社会的文脈における法文化にとっての帰結は、現在のところ、全く見通しが見つからないのである⁶⁶。

文献 (抜粋)

Gunnar Duttge, Von Flutwellen, Sumpfen und Wetterzeichen zu den aktuellen Bestrebungen, Urteilsabsprachen per Gesetz zu „zähmen“, in: Böttcher-FS 2007, S. 53

Gerhard Fezer, Inquisitionsprozess ohne Ende? Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes, NStZ 2010, 177

Uwe Murmann, Reform ohne Wiederkehr? Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, ZIS 2009, 526

Thomas Weigend, Verständigung in der Strafprozessordnung auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell?, in: Maiwald-FS 2010, S. 829

付録

ドイツ刑事訴訟法第 257 条 c (裁判所と手続関係人との間での申合せ)

- (1) 裁判所は、適当と認めるときに、手続関係人と、次項以下の基準に従って、手続の進行 (Fortgang) 及びその結果 (Ergebnis) について申合せをする

65 従来の判例と新たな「申合せ法 (Verständigungsgesetz)」に照らして、まさにこの結論に達しているものとして、*Fezer*, NStZ 2010, 177, 183 参照

66 この点についての重要な考察をしているものとして、*Weigend*, in: Maiwald-FS 2010, S. 829, 845 ff. (「真実追究の代わりに行政 (Administration statt Wahrheitsfindung)」)、つまり、法律家などによる職業的な行政経営であると説く) がある。

(verständigen) 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並びに手続関係人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。手続関係人は、態度表明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持つに至ったときは、消滅する。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 項により予測された結果から離脱するときは、その要件及び効果について教示される。

[訳者あとがき]

以上は、グンナー・ドゥットゲ教授 (*Prof. Dr. Gunnar Duttge*) の論文 *Absprachen im deutschen Strafprozess: Grundprobleme der gesetzlichen Regelung* (§ 257c StPO) (本誌 1 頁以下所収) の邦訳である。原文及び邦訳の脚注*に記載されているように、ドゥットゲ教授は、2011 年 4 月上旬に、名城大学法学会主催の講演会で講演を予定していたが、2011 年 3 月 11 日に発生した東日本大震災の影響で来日できなくなり、講演会も中止せざるをえなくなった。しかし、法学会のご高配により、ここに原文及び邦訳を掲載する機会が与えられたので、その後の新たな動向・展開にも留意しながら、公表をさせていただく次第である。訳者の怠惰と不手際の

ため公刊が遅れたが、その間の動向等に些かでも配慮できたとすれば、怪我の功名とはいえ幸いである。この場をお借りして、関係各位に深く感謝申し上げる。

ドゥットゲ教授は、現在、ドイツ連邦共和国・ゲッティンゲン大学（正式名はゲオルク・アウグスト大学）法学部・刑法学研究所（医事刑法・生命刑法部門）教授である（履歴や研究業績等の詳細については、講座ウェブサイト等を参照されたい。<http://www.uni-goettingen.de/de/18979.html>）。1966年に生まれ、1987年から1992年までヴェルツブルク大学で法学を学んだ後、1992年に第1次国家司法試験に合格、司法修習生及び同大学（故・エレン・シュリュヒター教授 [*Prof. Dr. Ellen Schlüchter*] の刑事法講座）の助手などを経て、1994年に第2次国家試験に合格した。1995年に法学博士の学位を取得した（論文テーマは『刑事訴訟法における強制の概念：一般的な行為の自由、一般的な人格権並びに情報の自己決定権を特に考慮して (Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozeßrecht: unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 1995)』である)。その後、シュリュヒター教授の移籍に伴い、同年から1999年までボーフム大学刑事法講座で助手を務め、2000年に刑法・刑事訴訟法・法哲学の教授資格を取得した（論文テーマは『過失犯の行為無価値の明確性について (Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001)』である。なお、シュリュヒター教授門下では、ドゥットゲ教授は唯一の教授資格取得者である。『シュリュヒター教授追悼論文集 (*Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.)*, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002)』)。2001年11月にミュンヘン大学教授に就任した後、2004年10月にハンス=ルートヴィヒ・シュライバー教授 (*Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber*. 元学長) の後任者としてゲッティンゲン大学・刑事法講座教授に就任した。2006年から2010年には同大学法学部・医事法センター所長も務めた（2010年9月以降は副所長を務めている）。

研究分野は、刑法、刑事訴訟法、医事刑法など多岐に渡っており、著作も多数公表されている。

ドゥットゲ教授は、学术交流のため 2008 年 10 月に日本を訪問し、講演会や研究会を通じて日本の刑事法研究者との交流を深めた（その際の研究成果として、佐川友佳子 [訳]「終身刑と責任重大性条項（刑法典 57 条 a）」龍法 42 巻 1 号 175 頁 [2009 年]、箭野章五郎 [訳]「人間の尊厳ある死法的類型と規範的な根拠」中大比雑 43 巻 3 号 147 頁 [2009 年] などがある）。今回予定されていた講演会以外にも日本各地で講演会等が予定されていたところであり、また、韓国などアジア諸国でも同様の活動をしている。その意味で、日本をはじめとするアジア諸国刑事法学の良き理解者といってよい（なお、来春にも、今般実現できなかった来日計画に代わる新たな訪日計画を予定していると仄聞している）。

今回テーマとされた「刑事訴訟における合意」は、長きに渡ってドイツ刑事訴訟法学界で最も激しく論争されているテーマの 1 つである。ドゥットゲ教授は、2003 年にドイツ・パイロイトで開催されたドイツ語圏刑法学者会議（ドイツ刑法学会）で、既にこのテーマに関して研究報告を行った（公刊論文として、Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht, in: ZStW 115 (2003), 539ff.）。その後も、この問題につき幾つかの論文を公表し、さらに、本論文でも引用されている 2010 年ドイツ法曹大会刑事法部会でも討議に積極的に参加している（なお、訳者は、そのいずれの学会にも参加し、同教授と直接議論する機会に恵まれた）。同教授は、基本的に「刑事訴訟における合意」に批判的であり、その論拠を含め、今なお多数のドイツ学説を代表するといってよい。他方で、ドイツでは、2009 年 5 月 28 日に、ドイツ刑事訴訟法 (StPO) に判決合意手続 (Urteilsabsprache) を導入する刑事訴訟法改正案が成立するに至っている（公布は同年 7 月 29 日、施行は同年 8 月 4 日）。そこで、この法律を前提にしつつ、批判的検討を行う講演を依頼したところ、快諾が得られ、最新の議論状況（特に 2010 年ドイツ法曹大会刑事法部会での討議。これについては、書記による報告として、*Frank*

Zimmermann, JZ 8/2011, 414ff.があるほか、近時、意見書、報告・討議・決議等を収めた記録集が公刊された。Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, Band (2010)、Band /1, /2 (2011)) をも踏まえて書かれたのが本論文である。原文及び拙訳の公表を快諾していただいたことについても、同教授に対して改めて厚くお礼を申し上げます。

訳者は、既に、基本的に「合意」に賛成するドイツ・アウクスブルク大学法学部のヘニング・ローゼナウ教授 (*Prof. Dr. Henning Rosenau*) の講演及び質疑応答の概要 (拙訳) を紹介している (ローゼナウ (加藤克佳訳) 「ドイツ刑事法廷における答弁取引」愛大 184 号 143 頁以下 [2010 年])。また、原文及び邦訳の脚注*に記載されているように、日本の刑事手続における「同意」ないし「合意」的な要素を整理・分析し、ドイツ法との比較検討を若干ながら試みたことがある (*Katsuyoshi Kato*, *Konsensuales Strafverfahren insbesondere Opportunitätseinstellungen und Absprachen in Japan*, in: Rosenau/ Kim (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, S. 31 ff. これを基礎に詳しく論じたものとして、拙稿「日本の刑事裁判と合意手続」刑ジャ 22 号 2 頁以下 [2010 年] がある)。独文拙稿は、刑事訴訟構造として職権主義を採るドイツ法よりも、(かなり折衷的とはいえ) 当事者主義を採る日本法の方が「合意」制度の導入が図りやすい旨も説いており、その点はドゥットゲ教授からも賛同を得ている。しかし、わが国でも、実体的真実の究明、被疑者・被告人の人権 (特に自己決定権) 保護、さらには犯罪被害者の権利利益保護等を考慮して、根本的に「合意」に懐疑的な見解が多数を占めていると思われ (関連して、井上正仁「トーマス・ヴァイгент教授講演についてのコメント」刑雑 49 巻 2=3 号 319 頁 [2010 年] など参照。制度設計に際して、特に実体的真実主義との関係が重要課題になると説くものとして、川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」刑雑 50 巻 3 号 336 頁以下、特に 339 頁以下 [2011 年] などがある)、現に、ドイツと異なり立法はおろか、立法提案すら示されていない。しかし、他方で、「司法取引」等の立法的

導入が、特に取調べの可視化等、取調べ・捜査手法の高度化との関係で、集中的に検討されつつある（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』[2011年4月][<http://www.npa.go.jp/shintyaku/keiki/chuukanhoukoku.pdf>]、法務省・法制審議会 - 新時代の刑事司法制度特別部会での審議 [<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi03500012.html>] など参照)。両者の間に必然的な関連性があるかについては疑問が出されているが、いずれにせよ、このような状況の中で、改めてドイツの批判的見解に注目すること、ドイツでの賛成論との対峙的考察・検討を行うことは、わが法のあり方・かたちを考える上で、極めて有益かつ重要であるといえよう。

なお、ローゼナウ教授による新法を直接の検討対象とする詳細な論文の邦訳は、既に別途、田口守一教授（早稲田大学大学院法務研究科）によって公開されている（ローゼナウ（田口守一訳）「ドイツ刑事手続における合意」刑ジャ 24号 41頁以下 [2010年]）。また、ドイツ刑事訴訟法の条文（特に第 257 条 c）の翻訳は、基本的に、同邦訳及びそこに引用の文献等（特に、トーマス・ヴァイгент（池田公博訳）「ドイツにおける刑事手続の過去、現在、そして未来」刑雑 49 巻 2=3 号 310 頁注 88 [2010年]、池田公博「ドイツの刑事裁判と合意手続」刑ジャ 22 号 23 頁以下 [2010年]）に依拠している。ヴァイгент教授 [ケルン大学法学部] は、ドイツを代表する刑事法学者であり、かつ合意手続に対する強力な批判論者であるので、日本法との比較検討という意味でも極めて示唆的である）。さらに、ドイツの合意手続に関しては、わが国でも、特に、池田・前掲のほか、赤松享太「ドイツ刑事裁判における合意の実情」判タ 1264 号 110 頁以下（2008年）、田口守一『刑事訴訟の目的 [増補版]』295 頁以下、特に 323 頁以下（2010年）、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) - (3・完)」近法 57 巻 2 号 1 頁以下（2009年）、58 巻 1 号 1 頁以下（2010年）、59 巻 1 号 1 頁以下（2011年）、滝沢誠「ドイツの刑事訴訟における合意について」専修口 - 5 号 159 頁以下（2010年）、

同「新法成立後のドイツの刑事訴訟における合意について」『刑法・刑事政策と福祉 岩井直子先生古稀祝賀論文集』506頁以下（2011年）などの近時の論稿があり、他方で、ドイツ合意手続法施行2年後の判例・学説等の展開と傾向についての詳細な論稿としては、*Mattias Jahn*, *Entwicklungen und Tendenzen zwei Jahre nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes*, StV8/2011, 497ff.; *Reinhold Schlothauer*, *Die Rechtsprechung zum Verständigungsgesetz eine Zwischenbilanz*, StraFo 12/2011, 487ff. などが大いに参考となろう。

終わりに、辻本典央准教授（近畿大学法学部。2011年9月からアウクスブルク大学法学部客員教授）には、本来、講演会での指定討論者として本論文にコメントをしていただく予定であったが、それは前述の理由で果たせなかった。しかし、本拙訳にあたり、実質上の共訳者として、多大の助力を受けた。また、同じく指定討論者として予定していた斎藤司准教授（龍谷大学法学部）からも、多くの支援を得た。これらの優れた先行業績及び多大の助力・支援に対し、記して厚くお礼を申し上げる。本拙訳が、わが国における今後の本格的検討の際に何らかの寄与ができれば幸いである。

(2011年9月末訳了)