

国際捜査・司法共助により獲得された証拠の証拠能力と ロッキード事件最高裁判決の証拠排除の論理

三 明 翔

- 一 はじめに―国際捜査・司法共助による証拠獲得の意義と獲得された証拠の証拠能力の問題
- 二 ロッキード事件最高裁判決の証拠排除の論理
 - 1 平成七年判決
 - 2 形式論説
 - 3 排除法則説
 - 4 不正手続証拠排除法則説
 - 5 立法者の黙示の政策的判断説と私見
- 三 国際司法・捜査共助で獲得された証拠の証拠能力に関わる含意
 - 1 国際捜査・司法共助で獲得された証拠の証拠能力の判断枠組み
 - 2 外国機関が独自に刑事免責を付与して獲得された供述の証拠能力
- 四 おわりに

一 はじめに

—— 国際捜査・司法共助による証拠獲得の意義と獲得された証拠の証拠能力の問題

(一) 社会や経済が国際的な連携を深めるに伴い、人、物、金、情報等のいわゆるボーダーレス化が進行している。このことは、犯罪に関する重要な人的・物的証拠が国境を越えて存在する場合が生ずることも意味する。外国にある証拠を獲得する方法は、理論上二つある。一つは、相手国の承諾を得て、わが国の捜査機関や裁判官・裁判所が相手国で直に証拠を収集・保全する方法である。⁽¹⁾ この方法は、迅速・効率的であり、わが国の手続に従って証拠収集ができるという利点もあるが、相手国に相互主義の保証ができないため、現在わが国では用いられていない。すなわち、国際慣行上、相手国領内におけるわが国の機関の証拠収集活動の承諾を求める際は、将来、当該国が同様の承諾をわが国に求めたときにそれに応じることを保証しなければならぬ。だが、現在わが国は、外国の機関がわが国領内で証拠収集活動を行うことを原則として認めない立場をとっているため、それを保証できないのである。⁽²⁾ 外国にある証拠を獲得するもう一つの方法は、相手国に依頼して、当該国の機関に証拠を収集してもらう方法である。そうした国際捜査・司法共助⁽³⁾であれば、わが国も、法律に基づいて外国の要請に応じることが可能であるため、その範囲で、わが国からも外国に対して捜査・司法共助の要請が行われている。外国への捜査共助の要請の件数は年々増加しており、また捜査共助の迅速化・効率化を狙いの一つとして、平成一八年から二三年までの間に米国を始めとする六の国・地域と国際刑事共助の条約ないし協定が締結されている。⁽⁵⁾

(二) このように国際捜査・司法共助は現状では、外国にある証拠を獲得する事実上唯一の方法であり、近年その重要性は一層高まっているといえるが、相手国の機関に証拠収集を依頼するという性格上、わが国とは異なる手続・制度によって証拠が収集される場合が生ずる⁽⁶⁾。そのため、その場合に獲得された証拠の証拠能力をどう判断すべきかという問題が生じてくる。国際捜査・司法共助という制度は、外国の法制との相違を前提とし、獲得された証拠の公判使用を主要な狙いの一つとする。したがって、法律と条約が、わが国が外国から国際捜査・共助を受けることを予定している以上⁽⁷⁾、手続に僅かな齟齬があつたからといって直ちに証拠能力を否定するような立場を法がとらないことは自明である。とはいえ、ある証拠がわが国と異なる手続や制度を用いて獲得された場合、刑事法の証拠能力に関する各規定の要件判断は、どのような点に留意して行うべきか。外国機関の用いた手続や手段がわが国の憲法や刑法に引き直してみれば、違憲や違法である場合、獲得された証拠の証拠能力はどう判断すべきか。その導入に慎重な考慮を要し、わが国の立法府がまだ導入に踏み切っていないとみられる制度が用いられた場合はどうか。こうした問いに対する答えは必ずしも自明ではない。

国際捜査・司法共助により獲得された証拠の証拠能力に関する公刊物掲載の判例は、下級審判例を含めても十数件程度にとどまる⁽⁸⁾。その判断枠組みは発展途上にあるといえるが、近年は、最高裁の判例もみられるようになっていいる。例えば、最決平成一二年一〇月三一〇日刑集五四卷八号七三五頁（角川コカイン密輸入事件決定）は、わが国から米国に対する捜査共助の要請に基づき、同国に在住する者が、黙秘権の告知を受け、同国の捜査官及び日本の検察官の質問に対して任意に供述し、公証人の面前において、偽証罪の制裁の下で、記載された供述内容が真実であることを明言する旨を記載するなどして作成した供述書につき、法三二一条一項三号の特信情況が認められるとして証拠能力を肯

定した⁽⁹⁾。最決平成一五年一月二六日刑集五七卷一〇号一〇五七頁も、韓国の裁判所に起訴された共犯者が、自らの意思で任意に供述できるような手続的保障がされている同国の法令にのっとり、同国の裁判官、検察官及び弁護士が在廷する公開の法廷において、質問に対し陳述を拒否することができる旨告げられた上でした供述を記載した同国の公判調書について、三二一条一項三号の特信情況が認められるとして証拠能力を肯定した⁽¹⁰⁾。そして最判平成二三年一月二〇日刑集六五卷七号九九九頁（福岡一家殺害事件判決）も、国際捜査共助に基づき、中国において身柄を拘束されていた共犯者を同国の捜査官が取り調べ、その供述を録取した供述調書であつて、犯罪事実の証明に欠くことができないものは、同国の捜査機関に対し日本の捜査機関から取調べの方法等に関する要請があり、取調べに際しては黙秘権が実質的に告知され、取調べの間、肉体的、精神的強制が加えられた形跡はないなどの当該事案の事実関係の下では、法三二一条一項三号の書面にあたるとして証拠能力を肯定した⁽¹¹⁾。これらの最高裁判例はいずれも、国際共助により外国で作成された被告人以外の者の供述調書につき、供述が採取された当該国の制度ないし供述採取の具体的・客觀的情況等に着目し、法三二一条一項三号の特信情況を認めて証拠能力を肯定している。いずれも事例判断ではあるが、法三二一条一項三号の要件判断、特に特信情況の判断のアプローチについて一定の指針を示すものと解され、注目値する。

(三) さてこうした最高裁判例に先立ち、異色ともいえる判断が、ロッキード事件（丸紅ルート）最高裁判決（最判平成七年二月二二日刑集四九卷二号一頁。以下、平成七年判決という）である。同判決では、わが国からの司法共助の要請に基づき、贈賄側の米国居住の共犯者らに対する囑託証人尋問が米国の裁判所で行われたが、その際、わが国の検察官が同人らを将来にわたり起訴しないことを確約する宣明を行い、事実上の刑事免責を付与していたことから、証人尋

問調査の証拠能力が争点となり、最高裁はその証拠能力を否定した。右の三判例と同様、被告人以外の者の供述の証拠能力が争点となったが、平成七年判決は、法三二一条一項三号の要件を欠くことを理由に証拠能力を否定したのではなく、刑事法が刑事免責制度に関する規定を置いていないことを主たる理由に証拠能力を否定した。違法に収集された証拠であってもその証拠能力を否定することには慎重な判例の立場に照らしても⁽¹²⁾、またその後平成七年判決と同じ論理によって証拠が排除された判例は存在しない点でも、同判決は異色ということが出来る。判示自体も相当に簡潔であり、「論証を十分に尽くしたものは必ずしもいえない⁽¹³⁾」旨の指摘をする見解は相当数に上る。その限られた判示から、平成七年判決の証拠排除の論理を読み解こうとする見解も数多く示されたが⁽¹⁴⁾、判決から二〇年近く経つ現在でもなお共通の理解が形成されるには至っていない。

平成七年判決は、刑事免責の付与という日本の検察官の行った措置が関わるので、国際共助で獲得された証拠の証拠能力を争点とした典型的な判断とはいえない側面もある。だがそれでも、最高裁がはじめて、国際共助により外国で獲得された証拠の証拠能力を検討し、しかも証拠能力を否定した判断であることに変わりなく、同判決で示された証拠排除の理論構成を曖昧にしないことは、今後、国際共助で得られた証拠の証拠能力に関する判断枠組みを構築していく上で重要なことである。特に平成七年判決が下された当初は、国際共助により獲得された証拠は、わが国の刑法等に明文で認められる手続で得られたものを除いては全て証拠能力を否定される、という同判決の射程を極端に広くみる見解もみられたのである⁽¹⁵⁾。近年はむしろ、平成七年判決は、ロッキード事件という一大疑獄事件の捜査にあって、担当検事と検事総長が不起訴確約宣明を行い、最高裁がその効果を確認する宣明を行うなど、極めて異例な経緯を辿った事案に対する判断であったことを強調し、同判決の射程を限定して今日的・将来的意義を見出そうとする見

解もある⁽¹⁶⁾。ただ射程を限定することが正しいとしても、平成七年判決がいかなる論理によって証拠排除の結論を導いたのか、その論理を可能な限り合理的・整合的に理解した上で行うべきであろう。例えば、平成七年判決は、わが国の検察官がわが国の刑事手続における免責を付与したことを前提とした判断であり、外国機関が当該国における免責を付与した場合は、その射程は及ばないと指摘する見解が多い⁽¹⁷⁾。だが、それも平成七年判決の排除の論理を明確にした上でなければ、確かなことはいえないであろう。現に実務では、平成七年判決を懸念して、外国機関が当該国の刑事免責を独自に付与する場合でも、刑事免責を付与して獲得された供述調書の作成や送付を要請することは差し控えているといわれる。そのような委縮を避け、国際共助の活用と国際共助により獲得された証拠の証拠能力に関する判断枠組みを発展させるためにも、平成七年判決の排除の理論構成を今一度明らかにする必要があると思われる。

(四) 国際司法・捜査共助で獲得された証拠の証拠能力の判断枠組みを考えるにあたっては、証拠法則を含め、証拠能力の否定を導く各原理・原則、国際共助の過程で生じうる手続上の齟齬の種類や性格、権利侵害を伴う場合にはその権利の内容等を、比較法的知見も得て、慎重に分析する必要がある。もともと以下本稿では、それらの検討に入る前提作業として、右に述べた関心から、平成七年判決の証拠排除の理論構成について、これまで主張されてきた各見解を整理し検討を加え、最も合理的・整合的と思われる理解を試みたい。その上で国際共助に関わる範囲において、同判決の含意につき検討を加えることとする。なおロッキード事件の嘱託証人尋問調書の証拠能力に関しては、検察官らの不起訴宣明が証人らの自己負罪拒否特権を有効に失わせていたのか、仮に特権侵害があったとして被告人にその主張適格があるかなど、自己負罪拒否特権とそれに基づく証言拒絶権の内容・性格に遡った分析を要する重要な論点も存在する⁽¹⁸⁾。しかし本稿は、刑事免責制度の分析やロッキード事件の評釈を狙いとするものではないので、それら

の検討は他日に期することとし、本稿の関心と関わる限度で触れるにとどめたい。

二 ロッキード事件最高裁判決の証拠排除の論理

1 平成七年判決

(一) ロッキード事件では、わが国からの司法共助の要請に基づき、米国の連邦裁判所で作成されたロッキード社副会長Kらの嘱託証人尋問調査の証拠能力が争われた。同調査は次の経緯を経て作成・送付された。米国在住のKらに来日の意思も検察官の取調べに応ずる意思もみられなかったため、検察官は、法二二六条に基づき裁判官に対し、国際司法共助としてKらの証人尋問を米国の管轄司法機関に嘱託するよう請求した。もともと証人らが自己負罪拒否特権に基づき証言を拒否する事態が予想されたため、検事正と検事総長はそれぞれ、証人らが証言事項について将来にわたり法二四八条により起訴されない旨を確約する宣明書を事前に発していた。証人尋問の嘱託を受けた連邦裁判所の判事から、これらの宣明書の法的効力を確認する「最高裁判所のオーダー又はルール」が求められると、検事総長は同旨の不起訴確約宣明書を最高裁に提出し、最高裁は、検察官の宣明が将来にわたり日本の検察官により遵守される旨の宣明を発した。これにより、連邦裁判所で行われたKらの証人尋問の内容を記載した調書が、順次日本に送付されるに至った。

本来、証人として喚問された場合は、何人も宣誓の上、偽証罪の制裁を受ける可能性を前提に真実を証言する義務を負うが、将来、自己の供述が自己の公判で不利な証拠として使用される虞がある場合には、自己負罪拒否特権条項(憲

法三八条一項)に基づいて証言を拒否することが認められている(刑訴法一四六条)。もつとも、そのようにして証言を拒否する者の供述が、犯罪の首謀者など処罰の必要が高い共犯者の有罪立証に、あるいは重大事故の原因調査等の行政目的の実現に是非とも必要な場合がある。その場合に、供述に関係する事件全体を訴追しないこと、あるいは、供述とそれによって由来する証拠をその者の不利に使用しないことを保証し、本来通り、証言を行うよう義務付ける⁽¹⁹⁾。こうした「刑事免責」を付与した供述の獲得は、米国では確立した制度として運用されているが、わが国にそれを許す明文規定はない。ところがロッキード事件では、検察官の不起訴確約宣明により、刑事免責が付与されたものとして、Kらの嘱託証人尋問調書が作成されたため、同調書の証拠能力が大きな争点となったのである。

(二) 嘱託証人尋問調書の証拠能力は、種々の観点から争われた。法二二六条に基づく外国機関に対する証人尋問の嘱託は違法か。裁判官の要請に基づき嘱託証人尋問における被告人らの弁護人の立会いが禁じられたことは憲法三七条二項違反か。検察官が法二四八条を根拠に行った不起訴確約宣明は同条の趣旨に反して違法か。不起訴確約宣明は刑事免責の付与として有効でなく、証人らに供述を義務付けたことは、その自己負罪拒否特権を侵害するものであったか。特権侵害があったとして被告人に主張適格はあるか。刑事免責として有効だとしても偽証罪の制裁の下に証言を義務付けることは「強制」にあたり、尋問調書は憲法三八条二項により証拠能力を否定されるか。最高裁がした宣明は権限を逸脱し違法か。尋問調書は、法三二一条の「国外にいる」あるいは特信情況の要件を欠き証拠能力を否定されるか。⁽²¹⁾

原審は、右の各論点を詳細に検討し、嘱託証人尋問調書の証拠能力を肯定した⁽²²⁾。それに対し、平成七年判決は、以下のかかなり簡潔な判示により嘱託証人尋問調書の証拠能力を否定する職権判断を行った(上告は棄却)。

「『事実の認定は、証拠による』（刑訴法三一七条）とされているところ、その証拠は、刑訴法の証拠能力に関する諸規定のほか、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする』（同法一条）刑訴法全体の精神に照らし、事実認定の証拠とすることが許容されるものでなければならぬ。』

「刑事免責の制度は、自己負罪拒否特権に基づく証言拒否権の行使により犯罪事実の立証に必要な供述を獲得することができないという事態に対処するため、共犯等の関係にある者のうちの一部の者に対して刑事免責を付与することによって自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制し、その供述を他の者の有罪を立証する証拠としようとする制度である。』……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が、刑訴法は、この制度に関する規定を置いていない。この制度は、……合目的な制度として機能する反面、犯罪に関係のある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響を及ぼす制度であるところからすれば、これを採用するかどうかは、これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきものであり、これを採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべきものと解される。しかし、我が国の刑訴法は、この制度に関する規定を置いていないのであるから、結局、この制度を採用していないものといわざるを得ない。」

「このことは、本件のように国際司法共助の過程で右制度を利用して獲得された証拠についても、全く同様であって、これを別異に解すべき理由はない。ただし、国際司法共助によって獲得された証拠であっても、それが我が国の刑事

裁判上事実認定の証拠とすることができるかどうかは、我が国の刑訴法等の関係法令にのっとり決せられるべきものであって、我が国の刑訴法が刑事免責制度を採用していない前示のような趣旨にかんがみると、国際司法共助によって獲得された証拠であるからといって、これを事実認定の証拠とすることは許容されないものといわざるを得ないからである。」。

(三) 判示にあらわれる限りでは、平成七年判決の論理展開は次の通りである。

(i) 「刑訴法は、……〔刑事免責〕制度に関する規定を置いていない」。

(ii) 刑事免責制度は、「犯罪に関係のある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響を及ぼす」ため、その採否にあたり「必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかなどの事情」の慎重な考慮を要する制度である。

(iii) したがって、刑事免責制度を「採用するのであれば、対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定されるべき」であって、それが無いということは、「刑訴法は、……この制度を採用していない」。

(iv) そうだとすれば、刑事免責を付与して得られた供述である本件嘱託証人尋問調書は、「刑訴法全体の精神に照らし」、事実認定の証拠とすることは許容されない。

(v) (iii)の趣旨にかんがみると、「本件のように国際司法共助の過程で右制度を利用して獲得された証拠についても、全く同様」である。

この展開のうち、(i) (ii)は確かだとしても、(iii)以降、とりわけ(iii)↓(iv)の推論根拠は必ずしも明らかでない。そのため、平成七年判決が行った証拠排除の理論構成を巡っては様々な理解が試みられている。以下、順にその当否を検討

し、最後に私見を示したい。

2 形式論説

平成七年判決の判示をやや極端に抽象化し、同判決を、「わが国に明文規定による制度がないことを理由に、その制度がある外国でその制度により適法に収集された証拠の証拠能力を否定する」もので、その射程は、刑事免責以外の場合にも及ぶと解する見解がある。⁽²³⁾ 仮に平成七年判決がこのような形式論によって囑託証人尋問調査の証拠を排除したとすれば、この見解に立つ論者が批判するように、法制の違いを前提に行われる国際捜査・司法共助の実効性を大幅に損なう不合理な判断といえよう。しかし、前述の通り、わが国の法律と条約は、わが国が外国から司法・捜査共助を受けることを予定しているのは明らかであり、その実効性をほぼ否定するような立場を最高裁が採用したとは考えにくい。また日本国内であっても、ある証拠収集手段に明文の根拠規定がないことから直ちに許されない手段と解されるわけではなく、⁽²⁴⁾ 3、4で検討する通り、仮にある証拠収集手段の利用が、その性質上、明文の根拠規定がないために許されないと解されたとしても、事実上その手段を用いて獲得された証拠の証拠能力が直ちに否定されるわけでもない。日本国内であつてもそうであるのに、国際共助の過程において、外国機関がわが国の刑法に明文規定がない手段を用いた途端に、獲得された証拠の証拠能力が一律に否定されると解すべき理論的根拠は乏しい。

また後に下された前掲最決平成一二年一〇月三日は、そうした形式論を否定したと解される。⁽²⁵⁾ 前述の通り、同決定の事案では、公証人の面前での宣誓と偽証罪の制裁の下、事件の関係者が調書の記載内容の真实性を言明した供述書の証拠能力が争点となった。こうした供述書の作成手続はわが国の刑法に定められていないことから、右の形式論

に従えば、これも証拠能力を否定されることになるが、同決定は、その点について何の言及もなく調書の証拠能力を肯定しているのである。

3 排除法則説

(一) 平成七年判決は、違法収集証拠排除法則を適用したのではないと解する見解が支配的である。⁽²⁶⁾ 同判決は、違法収集証拠排除法則を宣言した最判昭和五三年九月七日刑集三三卷六号一六七二頁にも、そこで示された「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」という排除の要件についても言及しておらず、そもそも当該事案で採られた一連の手続を違法とさえ明言していないからである。⁽²⁷⁾

(二) もっとも平成七年判決の証拠排除も、理論上は、違法収集証拠排除法則の一類型と捉えるべきだとする見解もある。⁽²⁸⁾ 例えば、小川佳樹教授は、次のように論ずる。すなわち、違法収集証拠排除法則とは、「証拠の収集手続に違法があることを考慮すると、その証拠を許容することそれ自体が適正手続の保障に反するのではないか、司法の無瑕性を損なうのではないか、あるいは、将来の違法捜査抑制の見地から妥当でないのではないか、を問題とする」原則である。平成七年判決が嘱託証人尋問調書の証拠能力を否定した論理は、「それを獲得するにあたり、「刑事免責の付与という」現行法上採用されていない処分がなされたことを考慮するならば、証拠能力を肯定することそれ自体が一定の利益を害することになる」というものだ」と解される。そこでは、「収集手続の違法と無関係に証拠能力が決められているとはいえず、……仮に、証拠能力を否定することによって確保しようとする利益の内容の点で、本判決の

証拠禁止論はこれまで論じられてきた違法収集証拠排除法則とは異なるものだ、と考えたとしても、それは、理論的には、違法収集証拠排除法則の一類型と捉えられるべき」である、と論するのである。⁽²⁹⁾

(三) 確かにロッキード事件では、日本の検察官が刑事免責の付与という刑事訴訟法に明文の規定のない措置を行い、それを不可欠の前提として、囑託証人尋問調書が獲得されているため、排除法則の適用を検討する余地がないわけではない。⁽³⁰⁾

現に原審は、「違法収集証拠排除の法理の観点」からも、大要次のような検討を行っている。すなわち、刑事免責制度の採否は立法府が判断すべきであるから、立法措置がないまま日本国内で、「検察官の申出により、裁判所が免責を付与して証言すべく命令することは、一般的には違法な措置であるとの疑いを免れない」。ただし、外国との法の違いを前提とする国際司法共助を通じて獲得された証拠は、「(相手国の) 手続がわが国の憲法ないし訴訟法の基本理念に照らし許容しがたい違法なもの」でない限り受け容れるべきであるし、その過程で、日本の検察官が外国の法制に対応する必要かつ有効な措置を講ずることも、「国内法上許される範囲」にとどまる限りは違法とすべきでない。本件では、司法共助の過程で、日本の検察官が不起訴宣明を行い、合衆国裁判所が、刑事免責が付されたものとして、証人らに証言を義務付けている。合衆国の刑事免責制度は法制上確立し、健全・妥当な運用が図られている。それに対応して行われた検察官の不起訴確約宣明も、証人らの訴追の可能性の乏しき、事案の重大性、捜査資料入手の緊急の必要性、手段としての不可欠性、捜査機関における証人らの被疑事実の把握の度合いからすると、法二四八条に基づく訴追裁量の行使として、「十分合理性のあるもの」であり、証人らとの不公正な取引や虚偽供述の招来を疑わせる事情もない。これらを考慮すれば、本件手続に違法はなく、囑託証人尋問調書の証拠能力は認められる、と結論し

たのである。

仮に平成七年判決が排除法則を適用して証拠を排除したのだとすると、次の点がその理論的前提となる。①「刑事訴訟法が……〔刑事免責〕制度を採用していない」という理由から、日本の検察官が刑事免責を付与したことを実質的に違法と評価していること、②原審とは異なり、刑事免責の付与が国際司法共助における外国法制に対応して行われたことは、その違法性を否定する事情とは解しないこと、③前述した小川教授の主張のように、違法収集証拠排除法則の適用は、必ずしも昭和五三年判決の想定した場面に尽くされるわけではなく、適正手続の保障、司法の無瑕性の維持、将来の違法捜査抑制など、排除法則の実質的根拠として主張されてきた見地に遡ったところから、同判決とは異なる場面で、違法収集証拠が排除される余地があると解していること、である。

右①から③の理論的前提は、それぞれ異論もありうる場所であるが、全くとりえない前提とはいえないかもしれない。⁽³¹⁾しかし、以下検討するように、ロッキード事件の事案を前提とする限り、排除法則の実質的根拠としてこれまで主張されてきた各見地に照らしても、⁽³²⁾証拠排除の結論を導くことは困難だと思われるのである。

(四) (1) 規範説は、憲法違反の成果を政府が使用することを憲法自身が禁じているとする見解である。⁽³³⁾しかし平成七年判決は、一般的に「我が国の憲法が……〔刑事免責〕制度の導入を否定しているものとまでは解されない」と明言し、またロッキード事件で行われた刑事免責の付与に憲法違反があると解していたとも考えられず、⁽³⁴⁾規範説の見地から証拠能力を否定したとは解すことはおよそできない。⁽³⁵⁾

(2) 司法の十全性⁽³⁶⁾維持説は、捜査機関の違法な活動から得られた証拠の公判利用を許せば、裁判所が捜査機関の違法活動に加担する外観が生じ、裁判所に対する国民の信頼が失われるので、証拠を排除しなければならないとする見

解である。⁽³⁷⁾ もっとも、証拠を排除して真犯人を放免する危険を冒すことも裁判所に対する国民の大きな不信を招くものである。したがって同説の下で証拠排除を正当化しうるのは、その危険を冒しても証拠を排除しなければ、裁判所に対する信頼を維持できないといえるほど、国民の目に極端に悪質だと映る行為が存在する場合に限られると解される。⁽³⁸⁾

平成七年判決は、刑事免責制度につき、「公正な刑事手続」と「国民の法感情からみ〔た〕公正感」との適合性の観点から不当な場合がありうることを示唆するが、他方で立法による刑事免責制度の導入を否定していない。これは、範囲を適切に限定すれば、そうした観点からも不当でない場合があることを前提とするといえるが、司法の十全性維持説の右の考え方からすれば、ロッキード事件での刑事免責の付与が個別具体的にみて、その範囲から外れ、国民の目に極端に悪質と映る行為であったといえなければ、証拠排除の結論は導けない。だが個別具体的にロッキード事件での刑事免責の付与を検討しても、そうした悪質な違法性は認めることはできない。刑事免責が公正さとの関係で懸念されることが多いのは、(i) その取引的性格、(ii) 共犯者間の処罰上の不平等の招来、(iii) 無責任な虚偽供述がなされる危険である。⁽³⁹⁾ こうした懸念は印象論の性格が強い側面もあるが、それをさておくとしても、ロッキード事件での刑事免責の付与については、(i) から (iii) までのいずれの懸念も認められない。米国に居住し、来日の意思を否定している証人らを将来訴追できる可能性はもともと「実質上なきに等しい情況にあった」のであって、(ii) の懸念が刑事免責の付与によって新たに生じたとはいえない。⁽⁴⁾ また原審の認定によれば、「検察当局が不起訴確約の措置をとる過程において、証人らとの間で、処罰の断念と引換えに一定内容の供述を求めるがごとき虚偽供述を誘発する危険のある不正な取引をした事実は記録上認められ〔ず〕」、(i) (iii) の懸念もない。さらにロッキード事件では、検事総長が不

起訴確約の宣明書を最高裁に提出し、最高裁自身がその効力を確認する宣明を行っている。当時の最高裁が、刑事免責の付与を少なくとも国民の目に余る悪質な行為だと考えていなかったことは明らかであるし、検察官に法を潜脱する意図がなかったことも明らかである。これらに照らすと、ロッキード事件での刑事免責の付与が実質的に違法だと仮定しても、平成七年判決が、それを目に余る悪質な違法行為であって裁判所に対する国民の信頼を維持するため、囑託証人尋問調査を排除したと解することはできないと思われる⁽⁴²⁾。

(3) 抑止効説は、捜査機関による将来の同種の違法活動を抑止するため証拠は排除されるとみる見解である。抑止効説は、合衆国で現在、第四修正に基づく排除法則の根拠として採用されているが⁽⁴³⁾、そこでは、単なる法律違反には適用されず、第四修正違反という憲法違反の存在が前提となる。それに対しわが国では、憲法違反に限らず、手続違反の程度、状況、有意性、頻発性、当該証拠獲得との因果性の程度、証拠の重要性、事件の重大性等を総合し、証拠排除で期待される抑止効と証拠排除で生ずる不利益とを事件ごとに個別具体的に衡量して証拠排除を決すべきとする有力な見解がある⁽⁴⁴⁾。後者の見解によれば、立法なき刑事免責の付与を実質的に違法と構成する限り、ロッキード事件への排除法則の適用の余地もあるということになる(もともと、平成七年判決が抑止効を主たる理由として調書を排除したのであれば、行為の違法性を宣言し、昭和五三年判決に何らかの言及があったはずだと思われるが、その点は無視して検討する)。またこの点に関して、「検察官宣明が起訴放棄の意思表示であるとするなら、権限のない措置をとった検察官の違法性は重大であり、後の同様の行為を封圧するために証拠排除が相当であるとの結論も成り立つかもしれない」との指摘もある⁽⁴⁵⁾。しかし、ロッキード事件の刑事免責の付与が実質的に違法だとしても、右で検討した通り、それは、刑事免責の付与が一般的に不公正だからでも、個別的にみて不公正さが認められるからでもなく、刑事免責の付与という

手段について立法府の明示的な承認がないからという程度にとどまる⁽⁴⁶⁾。検事総長が最高裁に宣明書を提出しており、検察官らが法を潜脱する意図をもって有意に、刑事免責の付与を行ったわけではないことは前記の通りであるし⁽⁴⁷⁾、事件の重要証人が刑事免責制度の存在する外国に居住し、日本における自己負罪の危険を主張して証言を拒否するという事態は頻発性が高いとはいえない⁽⁴⁸⁾。そしてロッキード事件では、元総理大臣を含む政官財の要人多数を被疑者とする疑獄事件において、贈賄側の共犯者の供述を獲得したのであるから、証拠の重要性、事件の重大性は明白である。こうしたロッキード事件で刑事免責が付与された具体的事情に照らして、将来の同種活動の抑止の利益が証拠排除の利益を上回るということは相当難しいと思われる⁽⁴⁹⁾。

(4) 適正手続説は、「当の被告人に対する証拠収集手続に後続の訴訟手続を一体として不当なものとするほどの実質を有する違法があつたようなときは、その結果獲得された証拠を用いて被告人を処罰することは手続全体の公正さを害し、適正手続の保障に反する」ので証拠は排除されるとする見解だが⁽⁵⁰⁾、この見解が想定する違法とは、合衆国のローチン判決におけるような「良心にショックを与える」重大なものと解される⁽⁵²⁾ところ、前述の程度の違法性では証拠排除を導くことは到底できないであろう。さらにこの見解は、証拠収集行為が当の被告人の権利・利益を侵害するものであつた場合にはじめて、獲得された証拠を使用して被告人を処罰することが一体として適正手続に反することになるとする⁽⁵³⁾。違法な刑事免責の付与による供述取得は被告人の権利・利益を害するかは疑わしく、その点でも証拠排除を導くことができないとされる⁽⁵⁴⁾。

(5) このように、刑事免責の付与につき明文の根拠規定がないことを理由に実質的に違法と構成しても、排除法則の実質的根拠としてこれまで主張されてきたいずれの見地からしても、ロッキード事件の囑託証人尋問調査書の証拠能

力を否定する結論は導けないように思われる。そうだとすれば、平成七年判決の証拠排除の根拠は他に求めるべきであらう。

4 不公正手続証拠排除法則説

平成七年判決は、「将来における違法捜査の抑制や司法の廉潔性ないし無瑕性の維持を目的とするものではなく、立法的手当の欠缺により刑事手続の公正さを欠く事態の生じることの回避を目的とする」「不公正手続証拠排除法則」という、排除法則とは異なる新しい法理を適用したと解する見解もある。中谷雄二郎判事は、同原則の適用を次のように論ずる。すなわち、ある証拠収集手続が「『犯罪に関係のある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響を及ぼす制度』であつて、実務及び学説から、……様々な疑問が提起され、その採用についても消極的意見が大勢であつて、その疑問を克服するための実務上、学説上の議論の積み重ねも、『その対象範囲、手続要件、効果等』についての立法的審査も経ていない場合」⁽⁵⁶⁾、その証拠収集手続は、明文の根拠規定がないことからわが国の刑事法が採用していないと認められる。刑事法が採用していないと認められる証拠収集手続により得られた証拠を許容して、「新たな制度を採用したのと同じ結果をもたらすことは、……〔当該〕制度を実質的に導入することになるばかりでなく、……刑事法を御都合主義的に解釈運用しているとの印象を与え……刑事司法全体に対する国民の信頼を損ねる危険も大きいところから、……刑事手続の公正さに欠ける」⁽⁵⁷⁾。したがつて刑事法が採用していないと解される証拠収集手続により得られた証拠の許容性は否定されなければならない、と論ずるのである。⁽⁵⁸⁾

適法とはいえない証拠収集手続がとられたこと、国民の司法に対する信頼を損なうことを問題視する点で、排除法

則における司法の十全性維持説に近い側面もあり、不公正の内容をどのようなものと捉えているのか不分明な点もあるが、排除法則とは異なると明言していることを踏まえると、この見解の趣旨はおそらく、次のようなところにあるのではないかと思われる。すなわち、一定の重大な効果を持つゆえに、その是非や許すべき範囲を巡って議論の多い証拠収集手段は、立法府の慎重な検討と承認を経てはじめて用いられるべきであるところ、捜査機関がそれにも拘らず当該手段を用いた場合に、裁判所が獲得された証拠を許容し、当該証拠収集手段の目的をそのまま遂げることを許せば、求められる立法府の検討と承認を迂回することになり不公正だ、というものである⁽⁵⁹⁾。重要な証拠収集手段については、立法府の検討と承認を重視し、それを欠いて行われた場合はその直接的成果の利用を直ちに不公正とみなす点で、法定主義の立場を強調する見解といえる。しかし、このような見解に対しては、その論理を貫けば、ある証拠収集手段につき、立法府が慎重な検討の末に法定した要件や手続に反して証拠が獲得された場合は、常に証拠能力は否定されなければならないことになる、との批判が向けられている⁽⁶¹⁾。違法即排除という立場は判例も学説もとらないものである。この批判に対しては、立法府がその証拠収集手段を承認していない場合と、手段自体は承認しているが一定の要件や手続を課して制限している場合とは異なる、という反論も考えられる⁽⁶²⁾。確かに、後者の場合に比して前者の場合のほうが排除の要請が強い印象を覚える。しかし、その印象は、立法府がある証拠収集手段を承認していない場合に捜査機関がその手段を用いたときは、手続違反の程度が大きく、排除法則の諸関心から排除の要請が強くなるのではないかと、次に検討するように、立法府が当該手段を承認していないということは、獲得された証拠の公判使用を否定する何らかの意思も認められるのではないかといった推論に基づくものだと思われる。理論的にも、ある証拠収集手段をどの範囲で採用するかが立法府の裁量に委ねられていることを前提とした場合、立法府がその手

段自体を承認していないときには、その手段を用いて獲得された証拠を許容することは、常に不公正であり許されないが、立法府が僅かでもその手段の利用を許す場面を認めていたときには、法定された要件に反して獲得された証拠を許容することは必ずしも不公正というわけではなく許されることもある、というような類型的・形式的な区別を説明できるのかは疑問が残る。

5 立法者の黙示の政策的判断説と私見

(一) 2、3で検討してきた通り、刑事免責を付与した供述の獲得は、憲法上否定されず立法による導入の余地があり、具体的にロッキード事件で行われたものも、懸念される不公正さはなく相当の合理性を認めうるものであった。このことを前提とすると、刑事免責を付与した供述獲得という「証拠収集手段」について、その性格上、立法がないので違法であるとか、立法府の慎重な検討と明示的な承認を要する措置だということを一般的に強調しても、証拠排除の結論を導くことは困難であるように思われる。

そこで、刑事免責を付与して獲得された「証拠の公判使用」に対する立法者の意思から、平成七年判決の証拠排除を基礎付けようとする見解が注目される。例えば、「重大な意味を持つ証拠収集手段を法律が定めていないことが、事実上そのような手段を通じて得られた証拠を利用すること、も禁じる規範を含意する場合がある」(傍点筆者)ことを平成七年判決は暗黙の前提としたと指摘する見解がある⁽⁶³⁾。もつとも、その見解の内容は詳細には述べられておらず必ずしも明らかでない。仮に重大な意味を持つ証拠収集手段については、法律に定めがない限り、獲得された証拠を公判で使用することも許さないという一般的な選択を立法府は行っているという趣旨であれば、何を根拠にそのよう

な一般的な立法者の意思を推認できるのか定かではなく、論理に飛躍があるように思われる。⁶⁴しかし、そうではなく、刑事免責制度の性格や同制度に関わるわが国の事情等に照らすと、同制度を定めた明文の根拠規定が存在しないという事実から、立法府は、刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用を否定する具体的な選択を行っていることが推認される、という趣旨であれば⁶⁵、以下検討するように、不可能な法解釈ではないと思われる。そして平成七年判決は、そのような解釈を前提に、立法府の意図に従って囑託証人尋問調書の証拠能力を否定したのだとすれば、その当否の議論は別として、同判決の証拠排除の論理の整合的な説明となりうるように思われる。

(二) 刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用を否定する選択を立法府が黙示的に行っているという解釈が許されるには、立法府がそのような選択をする合理的な理由があり、かつ明文の根拠規定がないという事実から立法府のそのような選択を推認できるといえなければならぬ。

(1) 立法府が刑事免責を付与して獲得された供述の証拠能力を否定する選択を行う理由として考えられる一つは、刑事免責の付与による供述獲得という証拠収集手法を禁圧するためという理由である。⁶⁶しかし、その前提には、立法府において、刑事免責付与による供述獲得という証拠収集手段に対して殊更に強い否定的評価があるといえなければならぬ。刑事免責の付与による供述獲得を禁ずる明文規定がある場合や、強い否定的評価を推認させる立法経緯等がある場合は別として、刑事免責を認める明文の規定がないということから、直ちにそこまでの推論が可能かは疑問が残る。平成七年判決がそのような推論をしたのだとすれば、少なくとも刑事免責の付与に対する否定的評価を前面に出す判示をしたのではなからうか。⁶⁷

(2) 今一つは、立法府は、政策的衡量の結果、刑事免責を付与して得られた供述の公判使用によって生ずる不都合・

懸念に対し、わが国の現状においては公判使用を認める必要性が劣ると判断したからという理由である。

前述の通り、刑事免責制度に固有の懸念として、(i) その取引的性格、(ii) 共犯者間の処罰上の不平等の招来、(iii) 無責任な虚偽供述の虞があるとされる。このうち刑事免責を付与して獲得された証拠の公判使用により不都合・懸念が生ずるとして、立法院の（政策的）衡量において、その証拠能力を否定する方向に導く要素となりうるのは、主として(ii)であろう。(i)の取引的性格に関しては、刑事免責の付与は国家が一方的に行う措置であって、そもそも当事者間の「取引」ではないし、仮に「取引」を、共犯者証人の処罰断念を引き換えとする不当な交換⁽⁶⁹⁾という意味で捉えても、その不都合は刑事免責を付与した時点で生ずるものであって、刑事免責を付与して獲得された証拠の公判使用によって新たに生ずるものではない（むしろその前提にある犯人の厳正な処罰という関心からすれば、証拠能力を否定して新たな逃罪者を生じさせるほうが許されないことになろう）⁽⁷⁰⁾。(iii)の虚偽供述の虞は、公判使用の場面でも問題が生ずるといえるが、刑事免責が付与されても虚偽供述が偽証罪に問われることに変わりなく、むしろ刑事免責により真実を述べても訴追の虞はないのであるから、少なくとも通常の共犯者証人の供述よりも虚偽の虞が類型的に高いとはいえず、立法者の衡量において、刑事免責を付与して獲得された供述の証拠能力を否定する方向に大きく導く要素とはならないであろう。これらに対して、(ii)の共犯者間の処罰上の不平等という不都合は、刑事免責を付与して獲得された証拠の公判使用によって類型的にその危険が高まるものといえる。勿論、そこでいう不平等は、憲法一四条に反する不合理な差別ではなく、法理論的に避けなければならないものではない。ただ、憲法違反に至らないとしても、国家は被告人だけを狙い打ちしているとの不平等な印象を被告人本人やその関係者、国民に受け取られる虞がないわけでない⁽⁷³⁾。立法院において、そうした無用な反感や不信を招くのは得策でないとして、可能であればこれを避けようという政策的

考慮が働く余地はあるといえよう。

そしてわが国では長らく、刑事免責を付与して獲得された証拠を許容すべき差し迫った必要がなかったという事情も認められる。わが国では、捜査機関による取調べが奏功することが多く、「共犯者等が〔自己負罪拒否〕特権を行使してさいごまで徹底的に争うという事例は皆無に近い⁷⁴⁾」と指摘される。

これらを併せて考慮すれば、立法府が政策的な衡量の結果、現時点においては、刑事免責を付与して獲得された証拠を公判で使用することを差し控えるべきだ、という選択を行うこともありえないことではないと思われる。そして刑事免責制度に関する「対象範囲、手続要件、効果等」の規定は、立法府における、刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用の必要性と不都合との衡量の結果を反映するものと解されるところ、それが一切定められていないのは、立法府は右のような選択を行っているからだ⁷⁵⁾と推認することも、全く不合理な解釈とまではいえないと思われる。

(三) 平成七年判決はこのような立法府の意思を推認し、それに従って証拠を排除したという理解は、その判示からも一部支えられると思われる。第一に、同判決の刑事免責制度の定義が注目される。同判決は、刑事免責制度を、「自己負罪拒否特権に基づく証言拒否権の行使により犯罪事実の立証に必要な供述を獲得することができないという事態に対処するため、共犯等の関係にある者のうちの一部の者に対して刑事免責を付与することによって自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制し、その供述を他の者の有罪を立証する証拠としようとする制度」(傍点筆者)と定義し、結論部分において、「我が国の刑法は、……この制度を採用していないものというべきであり、刑事免責を付与して得られた供述を事実認定の証拠とすることは、許容されない」(傍点筆者)とする。同判決のこれらの叙述は、刑

訴法つまり立法府は、刑事免責を付与して獲得された証拠の公判使用を否定しているので、嘱託証人尋問調書を証拠として許容できない、と最高裁が解していると読める。第二に、「……〔刑事免責制度〕を採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべき」に至る箇所は、刑事免責制度が（政策的な）衡量・調整を予定する制度であることを前提としており、その後に続いて「刑事訴法は、この制度に関する規定を置いていないのであるから、結局、この制度を採用していない」というのは、立法府が一定の政策的判断をもってこの制度を否定している、と最高裁は解しているように読める。第三に、平成七年判決は、不起訴確約宣明から米国の裁判所における嘱託証人尋問の手続のいずれについても違法と明言していない。右に述べたように、刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用自体を立法府が否定していると解すれば、刑事免責の付与という措置の違法性やその程度に言及する必要はないので、この点でも右に述べた理解と符合する。⁽⁷⁶⁾

もっとも、平成七年判決は、「『事実の認定は、証拠による』（刑事訴法三二七条）とされているところ、その証拠は、刑事訴法の証拠能力に関する諸規定のほか、……（刑事訴法一条の）刑事訴法全体の精神に照らし、事実認定の証拠とすることが許容されるものでなければならぬ。本件嘱託証人尋問調書についても、右の観点から検討をする必要がある」と検討の冒頭で述べ、結論としてその証拠能力を否定している。つまり嘱託証人尋問調書の許容は「刑事訴法全体の精神に照らして」認められないと解していることになる。このことが右で述べた理解と一致するかを検討しなければならぬ。この点に関して、「刑事訴法全体の精神」という文言から、例えば、昭和五三年判決の「令状主義の精神を没却する」などの表現を連想し、平成七年判決は、嘱託証人尋問調書の許容は、「刑事訴法の基本理念に悖る著しい不正にあたるので許されない」と捉えていると解する向きもあるかもしれない。⁽⁷⁷⁾ そのように解すると、平成七年判決は、

刑事免責を付与して獲得された証拠の公判使用を否定する立法府の黙示的な選択を推認し、それに従って尋問調書の証拠能力を否定した、という右で述べた理解と整合しないように思われる。しかし、同判決は、証拠能力が否定されるという結論を述べた部分では「刑訴法全体の精神」に一切言及していない。⁽⁷⁸⁾ 仮に「刑訴法全体の精神に照らして」という文言を、「刑訴法の基本理念に悖る著しい不公正にあたる」という趣旨で述べているのだとすれば、結論部分をもっと強い表現になったのではないかと思われるのである。⁽⁷⁹⁾ むしろ「刑訴法全体の精神に照らして」という文言は、「『事実の認定は、証拠による』(刑訴法三一七条)」とされているところ、その証拠は、刑訴法の証拠能力に関する諸規定のほか」という文言に引き続いている点や、法一条が引用されている点に照らすと、法三一七条の証拠裁判主義の下、証拠が許容されるかどうかは、証拠能力に関する具体的な規定だけではなく、刑訴法の全体の文脈の中で判断しなければならぬ、という程度の意味で述べられているのではないかと思われる。⁽⁸⁰⁾ そうであるとすると、右で述べた理解とも十分整合すると思われる。

(四) 立法府は、刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用につき、わが国のこれまでの状況における必要性和それに伴う懸念・不都合との衡量の結果、これを否定する選択(政策的判断)を行っている。平成七年判決は、このような立法府の意思を刑事免責に関する規定の不存在から推認し、それに従って囑託証人尋問調書を排除した。こう理解すれば、平成七年判決の証拠排除の論理を一応整合的に説明できると思われる。

ただ、そのような立法府の意思の推認が可能としても、それは自明とまではいえぬ、またそのような立法府の意思の有無が下級審で中心的な争点であったわけでもない。⁽⁸¹⁾ これらからすると、必ずしも豊富ではない資料を基に、立法府の画一的な政策的判断を推認することが、果たして裁判所の職責・権限に照らして妥当であったかは疑問として残

る。⁽⁸²⁾ せめてそのような推認を行うのであれば、裁判所の恣意的な政策的衡量が推論過程に入り込まないことを担保するためにも、いかなる根拠から、いかなる推論を経て、立法府のいかなる判断を推認したのか、そのリーズニングを明確に述べる必要があったと思われる。⁽⁸³⁾

三 国際司法・捜査共助で獲得された証拠の証拠能力に関わる含意

1 国際捜査・司法共助で獲得された証拠の証拠能力の判断枠組み

前述の通り、平成七年判決は、最高裁としてはじめて国際司法・捜査共助を通じて獲得された証拠の証拠能力を検討し、かつその証拠能力を否定した判断である。平成七年判決の証拠排除の論理を右のように理解するとき、同判決は、国際司法・捜査共助で獲得された証拠の証拠能力に関して、何らかの一般的な判断基準や判断枠組みを含意していると解されるだろうか。

(一) 平成七年判決は、「国際司法共助によつて獲得された証拠であっても、それが我が国の刑事裁判上事実認定の証拠とすることができるかどうかは、我が国の刑事訴訟法等の関係法令にのつとつて決せられるべき」とする。これは、国際共助の被要請国において、適法に収集され、当該国では証拠能力が認められる証拠だとしても、そのことによつて直ちにわが国の刑事裁判での証拠能力が認められることにはならないことを含意するといえる。いかに法制の違いを前提とする国際共助の手続で獲得された証拠とはいえ、正確な事実認定と公正な裁判を実現する上でいかなる証拠を許容するかは、その証拠を使用する国において判断されるべき事柄である。この叙述は当然のこととはいえ、国際

共助で獲得された証拠の証拠能力の判断枠組みの大前提を確認するものといえる。

(二) では前述の「証拠は、……(同法一条の) 刑訴法全体の精神に照らし、事実認定の証拠とすることが許容されるものでなければならぬ」との叙述は、国際司法・捜査共助で獲得された証拠の証拠能力に関して何らかの基準や判断枠組みを含蓄するものであるか。この点に関して、「我が国にはない捜査手法等によって獲得された証拠の許容性を基本的には肯定していくものとしても、あくまで、それが我が国の刑事裁判における真実の発見に真に寄与するものであるとともに、適正手続や司法の無瑕性等の観念や国民感情等にも照らして、国民・社会の納得を得られるものでなければならぬ」という意味を読み込もうとする見解もある⁽⁸⁴⁾。確かに、一般論としては、法制の相違を前提とする国際共助で獲得された証拠を些細な手続の相違を理由に排除すべきでないし、しばしば指摘されるように、外国機関が用いた手続や手段それ自体を理由に証拠が排除されるのは、それらが我が国の憲法や刑訴法の基本理念に反するようなものであった場合に限られるべきだということは基本的に正しいと思われる⁽⁸⁵⁾。とはいえ、右に述べた私見によれば、平成七年判決は、適正手続や司法の無瑕性等の観念や国民感情等に照らして、国民・社会の納得を得られないことを理由に囑託尋問調書を排除したものではないので、同判決においてそのような規範が定立されたと解することはできない⁽⁸⁶⁾。右叙述は、前述の通り、証拠の証拠能力は、証拠能力に関する具体的規定だけでなく、刑訴法全体の文脈の中で判断すべきことをいっただとどまると思われ、国際共助により獲得された証拠の証拠能力に特化して述べられたものでもない。将来、証拠能力に関する具体的規定に基づかない証拠排除の場面の一つとして、外国機関の活動が我が国の憲法や刑訴法の基本理念に反するようなものであった場合を想定する判断がなされる可能性もあるかもしれないが、それは平成七年判決が含蓄しているというよりも、具体的な事案を前にした裁判所がそのとき新たに

定立する規範というべきであろう。

2 外国機関が独自に刑事免責を付与して獲得された供述の証拠能力

(一) ロッキード事件では、わが国の検察官がわが国の刑事手続における免責を付与したものであったが、外国の機関が当該国の刑事手続における免責を証人に付与した場合、平成七年判決により、獲得された証人尋問調書は証拠能力を否定されるだろうか。⁽⁸⁸⁾ 同判決の「本件のように国際司法共助の過程で〔刑事免責〕制度を利用して獲得された証拠についても、全く同様で〔ある〕」との叙述をいかに解するかに関わる。

(二) 前述の通り、近年の評者の多くは、平成七年判決が問題としたのは、わが国の検察官がわが国の刑事手続における免責を付与したことだとして、これを消極に解する。⁽⁸⁹⁾ その理由として、法制の相違を前提とする国際共助により獲得された証拠が否定されるのは外国機関の活動が憲法や刑法の基本理念に反する場合に限られるべきだという前記一般論を指摘する見解や、右叙述に「本件のように」との文言が付されていることを指摘する見解もある。⁽⁹¹⁾ これらの根拠も相応の説得力を持つが、平成七年判決は、「我が国の刑法が、刑事免責制度を採用していない前示のような趣旨にかんがみると、国際司法共助によって獲得された証拠であるからといって、これを事実認定の証拠とすることは許容されない」（傍点筆者）と述べている以上、同判決にいう趣旨から、外国機関が独自に刑事免責を付与した場合は供述の証拠能力が否定されないことを基礎付けることができれば、より確実な根拠となろう。

(三) 二で検討した各説の見解の下での結論は、以下になる。二二でみた形式論説によれば、刑事免責を付与した供述獲得に関してわが国の刑法に明文規定がない以上、証拠能力は否定されることになる。それに対し

て、二・三でみた排除法則説の下では、証拠能力は基本的に否定されないとと思われる。排除法則説のうち規範説、抑止効説は、わが国の機関による違憲ないし違法行為を前提とし、適正手続説は、良心にショックを与えるような著しい権利・利益の侵害が被告人、本人に生ずることを前提とする。司法の十全性維持説の下では議論の余地があるものの、極めて例外的な場合を除いては排除されることはないであろう。二・四でみた不正手続証拠排除法則説の下でも、証拠能力を否定する余地はないと思われる⁽⁹²⁾。同説は、立法府の検討と承認を経ない一定の重要な証拠収集手続が用いられたことを問題にすると解されるところ、外国の刑事手続における免責の付与は、わが国の立法府の検討と承認の対象となりえないからである。二・五(一)でみた、刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用を否定する立法者の黙示的な選択を推認したとみる立場のうち、刑事免責を付与した供述獲得を禁圧する意図に基づくとみる見解も、証拠排除によって禁圧が期待できるのは日本の機関の活動である以上、証拠能力は否定されないと考えられる。

(四) では二・五(二)で私見として述べた、平成七年判決は、刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用を否定する立法者の黙示的な選択を推認したとみる立場のうち、刑事免責を付与した供述の公判使用の必要性と不都合・弊害を衡量した結果に基づくとみる見解の下ではどうか。この立場からも、証拠能力は否定されないとと思われる。確かにこの見解は、排除法則や不正手続証拠排除法則のように、刑事免責を付与した供述の獲得という証拠収集手段が用いられたことを問題とするのではなく、刑事免責を付与して獲得された供述の公判使用に伴う弊害・不都合に直接着目するものであるから、刑事免責を付与したのが、わが国の法律の規律を受けない外国の機関であるということが、決定的な要素となるわけではない。しかし、前述した通り、刑事免責を付与した供述の公判使用で懸念されたのは主として、被告人等に不平等な取扱いをしているとの印象を与えることにあると考えられた。だが、外国の機関が当該

国の刑事手続において共犯者証人に免責を付与したとしても、日本の刑事手続において処罰の機会が失われるわけではない。その意味では、共犯者の一部が海外に逃亡している状況と実質的には同じであり、獲得された供述を許容することによって共犯者の一部を処罰したとしても、不平等感を被告人等に与える類型的な虞が、わが国の刑事手続に關して免責を与えた場合と同程度にあるとはいえない。そうすると、日本の刑事手続に關し免責が付与されて得られた供述については、その証拠能力を一律に否定する立法院の意思が推認されるが、外国の刑事手続に關して免責が付与された供述については、同様の意思は認められない。こう解すれば、外国の機関が独自に当該国の刑事免責を付与した場合には、「我が国の刑訴法が刑事免責制度を採用していない……趣旨」に照らしても、獲得された供述は排除されないといえよう。

四 おわりに

以上、平成七年判決の証拠排除の論理について検討を行ったが、本稿で述べた私見によれば、国際司法・捜査共助で獲得された証拠の証拠能力との関係で同判決の持つ意味はかなり小さいものといえる⁽⁹³⁾。したがって国際共助で獲得された証拠の証拠能力の判断枠組みの構築は、判例上もかなり初期の段階にあると評価できる。その構築にあたっては、本稿一で述べた通り、証拠法則を含め、証拠の証拠能力の否定を導く各原理・原則と、国際共助の過程で生じる手続上の齟齬の種類や性格、権利侵害を伴う場合にはその権利の内容等を慎重に分析する必要がある。この点については、他国との司法・捜査共助の経験の多い国の法運用との比較研究が重要となるが、別稿⁽⁹⁴⁾において検討すること

としたい。

- (1) 刑事訴訟法は、場所的適用範囲を定めた規定を持たないが、刑法に国外犯の規定があり、それを含む刑罰法令の適正かつ迅速な適用実現を目的とすることからすれば（刑訴法一条）、わが国の捜査機関や裁判所の国外での活動を一律に否定しているとは解されない。外国の主権が及ぶところでは、国際法上又は事実上、活動が制限されているにすぎないとする外国主権制限説が学説上も多数説である。山内由光「国外における捜査活動」松尾浩也ら編『実例刑事訴訟法Ⅰ』（青林書院、二〇一二年）五頁、九頁以下。
- (2) なお米国のように、国によっては、相互主義の保証を不要として、外国の捜査機関の一定の証拠収集活動を承諾する場合もある。ところが、そのような場合でもわが国の捜査機関が直接外国で証拠収集を行うことは差し控えられているといわれる。山内・前掲注（一）二二頁。
- (3) 外国に対して自国の領域での捜査活動を容認することが「消極的」捜査共助とよばれるのに対し、外国の要請により証拠収集を行うことは「積極的」捜査共助とよばれることがある。杉山治樹「国外における捜査活動の限界」平野龍一ら編『新実例刑事訴訟法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）五〇頁、六〇頁。本稿では以下、後者の意味で国際捜査・司法共助という語を用いる。
- (4) 外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法、国際捜査共助法。
- (5) 平成二五年犯罪白書によれば、外国に対する捜査共助の依頼件数は、平成一五年の二一件から平成二四年の七九件へと増加している。条約ないし協定は、米国、韓国、中国、香港、EU、ロシアと締結された（それぞれ平成一八年、一九年、二〇年、二一年、二三年、二三年発効）。国際共助の要請・受理は通常、外交ルートを経由して行われるため時間を要するが、これらの条約等により、中央当局間での要請・受理が可能となり、共助の迅速・効率化が図られている。http://haksyol.moj.go.jp/jp/60/nfm/n_60_2_7_4_2_3.html参照。
- (6) 相手国に共助を要請する際に、手続に関して一定の要望を付することは行われているが、最終的にいかなる手続を用いるかは相手国の法制と当局の判断による。
- (7) 前記各法律は、わが国が共助を行う要件として、相手国が相互主義に基づく共助をわが国に保証していることを挙げている

る。わが国から外国に国際共助を要請することを定めた明文の規定はないが、捜査機関が主体となる要請は法一九七条一項、裁判所や裁判官が行う要請はその訴訟指揮権に根拠を求めることができる。

- (8) 一連の先例を紹介した文献として、中島洋樹「判批」香川法学二七卷三・四号九五頁、九八頁以下(二〇〇八年)、山田耕司「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一五年度)』(法曹会、二〇〇六年)五六一頁、五六七頁以下等を参照。
- (9) 同決定の評釈として、例えば、山下貴司「判批」法律のひろば五四卷六号七四頁(二〇〇一年)、宮城啓子「判批」ジュリスト臨時増刊二二〇二号(平成二二年度重要判例解説)一八八頁(二〇〇一年)、成田秀樹「判批」判例評論五二三号三七頁(二〇〇二年)、川出敏裕「判批」ジュリスト二二二五号九八頁(二〇〇二年)、上口裕「判批」現代刑事法三四号八七頁(二〇〇二年)、池田修「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成二二年度)』(法曹会、二〇〇三年)一五六頁等。
- (10) 同決定の評釈として、例えば、松田岳士「判批」ジュリスト臨時増刊二二六九号(平成一五年度重要判例解説)二〇〇頁(二〇〇四年)、山田・前掲注(8)、早野暁「判批」法学新報一二二卷九・一〇号四七五頁(二〇〇六年)等。
- (11) 同判決の評釈として、例えば、太田茂「判批」刑事法ジャーナル三三三号一五四頁(二〇〇二年)、松田岳士「判批」法学セミナー増刊速報判例解説一一号(新判例解説Watch)一六一頁(二〇〇二年)、大原義宏「判批」研修七六七号三頁(二〇〇二年)、滝沢誠「判批」法学新報一一九卷一・一二号一五九頁(二〇〇三年)、宮木康博「判批」同志社法学六四卷六号三五九頁(二〇〇三年)等。
- (12) 最判昭和五三年九月七日刑集三三二卷六号一六七二頁が違法取集証拠排除法則の採用を宣言してから、これまでに最高裁として証拠排除を肯定したのは、最判平成一五年二月一四日刑集五七卷二二二二頁の一件だけである。
- (13) 井上正仁「刑事免責と嘱託証人尋問調書の証拠能力(一)」ジュリスト一〇六九号一三頁、一六頁(一九九五年)。判示の説明の不十分さ、不明瞭さを指摘する見解は多い。例えば、渥美東洋「二月二二日の最高裁判所のロッキード丸紅ルート判決の理由づけを批判的に検討する」法律のひろば四八卷一〇号四頁、一一頁(一九九五年)、松尾浩也「判批」ジュリスト一一〇一号一一三頁、一一四頁以下(一九九六年)、川出敏裕「国際司法共助によって獲得された証拠の許容性」研修六一八号三頁、九頁(一九九九年)、成田・前掲注(9)二〇二頁、椎橋隆幸「刑事免責制度について」ロッキード事件最高裁判決」同『刑事訴訟法の理論的展開』(信山社、二〇一〇年)一六七頁、一八九頁、小川佳樹「刑事免責による供述強制」田口守一ら編『判例演習刑事訴訟法』(成文堂、二〇〇四年)二三四頁、二四四頁、榎本雅記「刑事免責に基づく証言強制制度(一)」

名城法学五四卷三号七七頁、一〇七頁(二〇〇五年)等を参照。それに対し、理解しやすいと評価する見解もある。上口裕「判批」季刊刑事弁護四号二四頁、二八頁(一九九五年)、長沼範良「判批」法学教室一七七号二四頁、二九頁(一九九五年)。

(14) 本稿二参照。

(15) 本稿二二参照。

(16) 例えば、太田・前掲注(11)一六二頁。本稿三一参照。

(17) 本稿三二参照。

(18) 井上・前掲注(13)、渥美東洋「いわゆる外国での嘱託尋問調書に関する法律問題」研修四六八号三頁(一九八七年)参照。

(19) 前者を事件全体の刑事免責(transactional immunity)、後者を(派生的)使用免責(derived use immunity)とよぶ。

(20) See, e.g., 18 U.S.C. § 6001-6005.

(21) 龍岡資晃ほか「判解」法曹会編「最高裁判所判例解説刑事篇(平成七年度)」(法曹会、一九九八年)一頁、八頁以下参照。

(22) 東京高判昭和六二年七月二九日高刑集四〇卷二号七七頁(丸紅ルート控訴審判決)。なおロッキード事件は複数のルートに分かれて審理されたが、いずれの下級審判例も嘱託証人尋問調書の証拠能力を肯定している。不起訴宣明に関わる主要論点

についての各ルートの下級審判例の判示内容の違いは、龍岡・前掲注(21)三九頁注五の表を参照。

(23) 藤水幸治「ロッキード事件丸紅ルート上告審判決の検討」西原春夫ら編「アメリカ刑事法の諸相(鈴木義男先生古稀祝賀)」(成文堂、一九九六年)四七七頁、四九一頁。河上和雄「判批」判例評論四三七号二頁、四頁以下(一九九五年)、鈴木義男

「ロッキード事件嘱託尋問調書の証拠能力」『日本の刑事司法再論』(成文堂、一九九七年)九二頁、九三頁も参照。

(24) 例えば、個別的証拠開示命令について最決昭和四四年四月二五日刑集二三卷四号二四八頁、強制採尿について最決昭和五年一〇月二三日刑集三四卷五号三〇〇頁、電話傍受について最決平成二年一月二六日刑集五三卷九号一三二七頁を参照。

(25) 川出・前掲注(9)一〇二頁。

(26) 例えば、上口・前掲注(13)二七頁、龍岡・前掲注(21)五七頁以下、川出・前掲注(13)七頁、椎橋・前掲注(13)一八五頁など。また大野正男裁判官の補足意見参照。

- (27) そのほか被告人の主張適格に言及がないことを指摘する見解もある。中島・前掲注(8)一〇四頁。
- (28) 小川・前掲注(13)二四二頁以下。平成七年判決の結論を違法収集証拠排除法則の適用として正当化できるかを検討し、これを困難だと結論づける見解として、井上正仁「刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力(二)」ジュリスト一〇七二号一四〇頁、一四二頁以下(一九九五年)参照。
- (29) 小川・前掲注(13)二四二頁。井上・前掲注(28)一四二頁も「平成七年判決の事案は、従来、狭い意味での違法収集証拠の排除が主として問題とされてきた場面とは、設定が異なることは確かである。しかし、違法収集証拠の証拠能力の有無は、違法捜査の抑制という観点からのみ判断されるべきものでは必ずしもなく、適正手続の保障や『司法の無瑕性』の保持といった他の観点からそれが否定されるということも十分考えられるのである」と述べており、同様の考え方を示唆する。また井上正仁「刑事訴訟における証拠排除」(弘文堂、一九八五年)四〇三頁以下、五五六頁注四九等参照。
- (30) 井上・前掲注(28)一四二頁以下。川出・前掲注(13)一一頁注二。
- (31) ①に対しては、事実上の刑事免責を付与するため、不起訴を確約することも、法二四八条に基づく合理的な訴追裁量権の範囲内にあると解しようとの有力な見解がある。渥美・前掲注(13)一一頁、椎橋・前掲注(13)一八〇頁。
- (32) 排除法則の実質的根拠の各説については、井上・前掲注(29)三五六頁以下、渥美東洋「刑事訴訟における自由と正義」(有斐閣、一九九四年)一八七頁以下、柳川重規「毒樹果実法理の適用と裁判所の証拠排除権限」法学新報一〇一卷三・四号二一一頁、二二四頁以下(一九九五年)などを参照。
- (33) 渥美・前掲注(32)一九四頁以下。
- (34) ロッキード事件の手続で憲法違反が生じた可能性としては、「わが国の現行法上、検察官が刑事免責を与えることは本来許されることでなく、そのような形で証人らの自己負罪拒否特権を消滅させることはできなかった……」(ので、刑事免責が与えられたものとして供述を義務付けたことは)証人らの自己負罪拒否特権を侵害するものであった」というものが考えられないではない。井上・前掲注(28)一四〇頁参照。とはいえ、証人らの特権に侵害が認められたとしても被告人らに主張適格があるかの検討が必要であり、原審はこれを否定する立場を明示的に述べていたのであるから、最高裁が特権侵害を認めつつ主張適格の問題に何ら言及しないで証拠を排除するということはあり得ない。他にも特に断りなく囑託証人尋問調書を「刑事免責を付与して獲得された供述」と述べていることからしても、平成七年判決は、証人らの自己負罪拒否特権の侵害が

あったことを前提とはしていないと解される。

(35) 椎橋・前掲注(13)一八五頁。

(36) *Judicial integrity* の訳語であり、無瑕性、廉潔性、完全性とも訳される。以下、本稿では、十全性の訳を用いたい。

(37) 一九二八年のオルムステッドのブランドリス裁判官が反対意見で述べた考え方が代表的である。See *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 483 (1928) (Brandeis, J. dissenting). 米国では、司法の十全性を維持するための証拠排除は、裁判所に与えられた司法権に内在する監督権 (supervisory power) に基づいて行うことができると解されている。監督権については、*See, e.g., McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943).

(38) 柳川・前掲注(32)二二六頁以下。井上・前掲注(29)三三四頁も参照。なお司法の十全性の維持の見地からの証拠排除は、憲法上のデュー・プロセス違反に基づく場合と比べれば緩やかに認められるかもしれないが、司法の十全性も、具体的基準の演繹しづらい抽象的な概念である点ではデュー・プロセスと共通するのであり、裁判所の恣意を排するほど明白に不合理な行為が存在しなければ、その侵害が生ずるとはいえないと思われる。

(39) ロッキード事件の各ルートの下級審においてこうした懸念が指摘されている。例えば、「厳正であるべき刑事裁判に処罰の断念と証言の取得という一種の取引を持ち込む」ことに言及するのは全日空ルート控訴審判決(東京高判昭和六一年五月一六日高刑集三九卷二号三七頁)、「いわれなき差別があるように受け止められ易い」と指摘するのは全日空ルート地裁決定(東京地決昭和五四年一〇月三〇日刑月一〇号一〇号一二六九頁)、「虚偽供述を誘発する危険」については、原審である丸紅ルート控訴審判決が検討を行っている。

(40) 井上・前掲注(28)一四二頁。

(41) しかも、後述するように、共犯者間の処罰上の不平等が現実化するのには、刑事免責を付与して獲得された供述が被告人の公判で使用された段階においてであって、共犯者証人に刑事免責を付与した段階ではないと思われる。

(42) 井上・前掲注(28)一四四頁も、司法の無瑕性の観点から平成七年判決の証拠排除の結論を導くことはできないと論ずる。井上教授の見解に対し、田口守一「判批」別冊ジュリスト一七四号(刑事訴訟法判例百選第八版)一四八頁、一四九頁は、「起訴猶予と刑事免責との違いは程度問題というより質の問題であってその違法の程度は証拠排除をもたらすという考え方も十分成り立ち得る」と指摘するが、本文の検討からすると疑問が残る。

- (43) See, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).
- (44) 井上・前掲注(29)四〇四—四〇五頁。
- (45) 榎本・前掲注(13)一一五頁。もっともその叙述の前に「各ルート下級審が縷々述べているような事情を勘案すると、これまでの違法収集証拠排除に関する判例の基準から考えて、必ずしも違法は重大とまでは言い難い」とも述べている。
- (46) 井上・前掲注(28)一四三頁。
- (47) 仮に不起訴確約宣明を行うことが違法だとすれば、最高裁はその効果を確認する宣明書を出さないと考えるのが合理的だとすると、いわゆる善意の例外の考え方からしても抑止効に基づく排除の必要性は認められないように思われる。
- (48) 渡辺咲子「訴追免責による嘱託尋問調査」現代刑事法一六号一〇頁、一五頁(二〇〇〇年)。
- (49) 井上・前掲注(28)一四二頁。
- (50) 井上・前掲注(28)一四三頁以下。
- (51) *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). 同判決では、証拠物を飲み込んだ被疑者に対し、警察が強制的に胃洗浄を行ったことは、良心にショックを与えるものとして第一四修正のデュー・プロセス違反が認められた。
- (52) 井上・前掲注(29)三七〇頁以下を参照。
- (53) 井上・前掲注(29)四〇八頁。
- (54) 井上・前掲注(28)一四三頁以下参照。川出・前掲注(13)一一頁注一三、小川・前掲注(13)二四五頁注一六も同旨。
- (55) 中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」原田國男ら編『刑事裁判の理論と実務』(成文堂、一九九八年)二二一頁、二二三頁。
- (56) 中谷・前掲注(55)二二三頁。
- (57) 中谷・前掲注(55)二二三頁。
- (58) 中谷・前掲注(55)二二五頁、二一八頁注五も参照。
- (59) 不公平手続証拠排除法則について、おそらく同旨の理解をする見解として、川出・前掲注(13)八頁以下。仮に不公平手続証拠排除法則の趣旨が本文で述べたようなものだとすると、「我が国において認められていない制度によって得られた資料を、我が国の裁判において事実認定の証拠として採用することは、明文の規定によらないで、我が国内にお

いても刑事免責制度を認めるのと同様の結果を招来することになりかねず、公正の観念に反する」という平成七年判決の大野裁判官の補足意見とほぼ同旨の見解といえよう。

また平成七年判決の調査官解説も近い見解を示唆している。龍岡ほか・前掲注(21)六二頁以下は、「国民の権利義務に直接影響を及ぼす手続で本来立法事項というべきにもかかわらず刑法に規定のない刑事免責を付与して獲得されたものである点を証拠としての許容性を否定する主要な根拠としている」とし、そしてその根底には、「……被告人の重要な利害に関する事項は、国民を代表し国権の最高機関であるところの国会において制定する法律によってこれを規制することを要する」という意味で、「適正手続」の観点があると指摘しているのである。もっとも、後掲注(65)で述べる通り、同六〇―六一頁では、それと異なる説明もされている。

(60) 但し、派生的に獲得された証拠についてはその証拠の許容は不公正とはならないとされる。中谷・前掲注(55)二二五頁以下。

(61) 井上・前掲注(28)一四〇頁、川出敏裕「犯罪の国際化と刑事法」岩村正彦ら編『岩波講座現代の法六 現代社会と刑事法』(岩波書店、一九九八年)三三頁、一三三頁、川出・前掲注(13)九頁参照。

(62) このような反論を想定して、井上・前掲注(28)一四〇頁は、「刑事免責の付与による供述獲得の場合も、基本的には、正統な証拠収集手段として認知されている証人尋問の手続によって行われるのであり、ただ、証人に刑事免責を与えてその自己負罪拒否特権を消滅させることができなかつたため、強制的にその供述を取得してはならなかつたというだけだと見ることもできなくはない」と再反論している。

(63) 後藤昭「判批」別冊ジュリスト一四八号(刑事訴訟法判例百選第七版)一四八頁、一四九頁(一九九八年)、川出・前掲注(13)九頁。

(64) 後藤・前掲注(63)一四九頁や榎本・前掲注(13)一一七頁以下は、本文で述べたような解釈を示唆しているようにも読める。なお榎本教授はこれを不公正手続証拠排除法則の内容と捉えているようである。そうした理解に対して、椎橋・前掲注(13)一八八頁は、「法律に定めがないことがそのような手段によって得られた証拠の利用をも禁止する規範を含むという理解はおそらくわが国の一部の論者の特有の考え方であろう」と批判する。

(65) 龍岡ほか・前掲注(21)六〇頁には同旨に読める叙述がある。もっとも同六二頁以下では、4で検討した不公正手続証拠排

除原則に近い説明がみられ、証拠排除の理論構成につき、不分明なところがあるように思われる。

- (66) 排除法則の抑止効説に近いが、同説は、排除法則は裁判所の創設した証拠法則であるとの前提の下、排除の要否は事件ごとと個別・具体的に判断されるとするのに対し、本文中で述べた見解は、立法府が自ら、抑止を期して一律に証拠を排除する政策的判断を行ったと解するのである。

なお川出・前掲注(13)九頁は、「ある証拠獲得手続を法律が明示的に禁止している場合、その規定が、同時に、それによって獲得された証拠を許容しないという内容を含んでいると解釈できる場合がないとはいえないであろうし、……法律がそれを明示的に禁止してはいないが、それに関する規定を置いていないという場合に、その意味をこれと同様に理解することも全く不可能というわけではない」とする。川出敏裕教授は、これらの場合に法が証拠を許容しないと解される理由を説明されていないが、証拠収集手段の禁止を前提としていることからすれば、本文中で述べたような立法者における当該手段の禁止の意思がその一つの理由になりうるかと思われる。

- (67) 川出・前掲注(13)九頁は、その点を判例の説明不足とする。

- (68) 椎橋・前掲注(13)一七八頁。

- (69) 田宮裕「刑事免責」同『日本の刑事訴追』(有斐閣、一九九八年)二四〇頁、二四二頁。

- (70) 井上・前掲注(28)一四三頁参照。

- (71) 龍岡ほか・前掲注(21)四九頁参照。

- (72) 最判昭和五六年六月二六日刑集三五卷四号四二六頁は、「被告人が、その思想、信条、社会的身分又は門地などを理由に、一般の場合に比べ捜査上不当に不利益に取り扱われたものでないときは、……被告人と対向的な共犯関係に立つ疑いのある者の一部が、……不当に有利な取扱いを受け、事実上刑事訴追を免れるという事実があつたとしても……被告人自身に対する……手続が憲法一四条に違反することになるものではない」とする。

- (73) 前掲東京地決昭和五四年一〇月三〇日(全日空ルート地裁決定)は、「いわれなき差別があるように受けとられ易い」と指摘する。

- (74) 小早川義則「訴追免除」松尾浩也ら編『刑事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、一九九一年)一一三頁。

- (75) 本稿の関心からはやや離れるが、平成七年判決がこのような立法府が行った政策的衡量の結果を推認したのだとすれば、

立法府が刑事免責制度の必要性を認めるなど、政策的衡量に変化が生じたとして、刑事免責制度を導入することに何ら支障はないことになる。

(76) 龍岡ほか・前掲注(21)七六頁以下参照。

(77) 不公正手続証拠排除法則やそれに近い論者には、そのような傾向が見受けられる。例えば、中谷・前掲注(55)二二三頁。

(78) 「以上を要するに、我が国の刑法は、刑事免責の制度を採用しておらず、刑事免責を付与して獲得された供述を事実認定の証拠とすることを許容してはいないものと解すべきである以上、本件囑託証人尋問調書については、その証拠能力を否定すべきものと解するのが相当である」と述べるだけである。

(79) 最高裁が違法収集証拠排除法則に基づく排除を認めた前掲最判平成二五年二月一四日の結論部分では、「令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない」と強調的に述べているのと対照的である。

(80) 同旨の解釈として松田岳士「判批」刑事法、ジャーナル四号一〇〇頁、一〇五頁(二〇〇六年)。

(81) 本稿二一(二)参照。

(82) 紛争解決に必要な範囲の限られた具体的争点につき、当事者が各々の利益を賭して真剣な論争を尽くし、そこに裁判所が公平な立場から判断を下すところに、民主的基礎を持たない裁判所の判断の正当性が生ずる、という考え方からすれば、当事者の主張する各論点(二一(二)参照)の個々に慎重な判断を行った原審のアプローチが、裁判所の本来の権限・職責に忠実なものではないかと思われる。

(83) 椎橋・前掲注(13)一八九頁。

(84) 太田・前掲注(11)一六二頁。また同一一五八頁参照。

(85) 川出・前掲注(13)七頁、椎橋・前掲注(13)一八三頁、太田・前掲注(11)一五八頁参照。その考え方は平成七年判決の原審にも既にみられた。

(86) それに対して不公正手続証拠排除法則説やそれに近い見解は、平成七年判決において一般的な規範が定立されたと解することになるのだと思われる。このことは、検察官において外国人である事件関係者が退去強制により公判期日等に供述できなくなることを殊更利用しようとしていた場合など、「当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠く……ときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得る」とした最判平成七年六月

二〇日刑集四九卷六号七四一頁が、平成七年判決と同じ原則や同根の考え方に基づく証拠排除を想定していると捉える点にあらわれている。中谷・前掲注(55)二一七頁以下、龍岡ほか・前掲注(21)六三頁以下。

- (87) 現に福岡地判平成一七年五月一九日判例時報一九〇三号三頁はそうした判示を行っている。同判決の評釈に、塩澤健一「判批」警察公論六〇巻一 号五八頁(二〇〇五年)、松田・前掲注(80)、中島・前掲注(8)がある。

中島・前掲注(8)一〇四頁以下は、排除法則の趣旨を司法の廉潔性の観点から解釈し、その射程を拡張することによって証拠排除を基礎付けるべきと主張する。

- (88) 例えば、米国の機関が同国の捜査等の目的のため、米国の刑事手続における免責を付与して証人に供述をさせたところ、証人が日本で捜査中の被告人の共犯者であり、その供述が被告人の有罪を立証する上で有力な証拠となることが判明したため、日本の検察官が証人の供述調書の送付を米国に要請した場合や、日本の検察官が米国居住の証人の証人尋問を米国に要請したところ、証人から、自身の供述は日米双方で犯罪を構成する行為に関わるが、自身の居住する米国の刑事手続における免責が得られる限り、証言拒絶権を行使しないと申し出があったので、米国の機関がこれに応じて刑事免責を付与し、作成された証人尋問調書が日本に送付された場合などが現実的に考えられよう。

- (89) 落合義和「国際化と裁判手続―検察の立場から」三井誠ら編『新刑事手続Ⅱ』(悠々社、二〇〇二年)四二二頁、川出・前掲注(13)九頁以下、後藤・前掲注(63)一四九頁、中谷・前掲注(55)二一九頁注六、田口・前掲注(42)一四九頁、太田・前掲注(11)一六一頁以下。

- (90) 川出・前掲注(13)一〇頁、太田・前掲注(11)一六一頁。

- (91) 太田・前掲注(11)一六〇頁。ただ、そこにいう「本件」をどの程度具体的に捉えているかは解釈の余地があるので、あまり強い根拠にはならないように思われる。

- (92) 中谷・前掲注(55)二一九頁注六。

- (93) 川出・前掲注(13)一〇頁は、「こと刑事免責制度に限ってみても、本判決が司法共助に対してもたらす意味は必ずしも大きくはない」と指摘する。

- (94) 例えば、小木曾綾「国際捜査共助・刑事司法共助」現代刑事法二九号四三頁、四六頁以下(二〇〇一年)を参照。