

国際捜査共助によって獲得された証拠の許容性

——違法収集証拠排除論との関連ないしその延長線上において——

金子 章

- 第一章 はじめに
- 第二章 違法収集証拠排除法則
 - 第一節 最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決
 - 第二節 違法収集証拠排除の根拠とその基準
- 第三章 国際捜査共助により得られた証拠の証拠能力
 - 第一節 問題の背景
 - 第二節 福岡地裁平成 17 年 5 月 19 日判決
 - 第三節 証拠能力の判断枠組み
 - 第一款 違法収集証拠排除法則の適用
 - 第二款 証拠としての許容性
- 第四章 おわりに

第一章 はじめに

一 違法な手続によって収集・獲得された証拠、すなわち、違法収集証拠の排除を明示的に認めた法規定は存在しない。最高裁は、当初、違法収集証拠の排除に対して消極的な態度を示したが¹⁾、アメリカ法の影響下において、学説

1) 最判昭和 24 年 12 月 13 日集刑 15 号 349 頁。

上、違法収集証拠排除を認める立場が有力化し²⁾、下級審裁判例においても、違法収集証拠排除を認める立場が一般化し始め、実際に証拠を排除したのも見られた中で³⁾、最高裁は初めて、昭和 53 年 9 月 7 日判決⁴⁾において、違法収集証拠の証拠能力を否定する可能性を理論的に認めるに至った。それ以来、違法収集証拠排除に関する判例が着実に積み重ねられるとともに、それらを踏まえて、違法収集証拠排除をめぐる議論が活発に展開されてきたところである。

本稿は、違法収集証拠排除に関する議論に関連して、あるいはその延長線上において、国際化する現代社会において、より重要性が増している、国際捜査共助によって獲得された証拠の証拠能力という問題について検討を加えようとするものである。

二 本稿の構成は、以下のとおりである。まず、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決について、その概要を確認し、分析を行う (第二章)。そのうえで、国際捜査共助により得られた証拠の証拠能力という問題について、その背景を確認するとともに、福岡地裁平成 17 年 5 月 19 日判決⁵⁾を素材にしつつ、その証拠能力に関する判断のあり方について検討を加えることとする (第三章)。

2) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(1988 年) 199 頁、田宮裕『刑事訴訟法 (新版)』(1996 年) 400 頁、半田靖史「違法収集証拠の証拠排除と判断基準」守屋克彦編『刑事訴訟法における学説と実務—初学者のために』(2018 年) 166 頁、椎橋隆幸ほか『ポイントレクチャー刑事訴訟法』(2018 年) 343 頁〔加藤克佳〕、廣瀬健二『コンパクト刑事訴訟法 (第 2 版)』(2017 年) 208 頁。

3) 鈴木・前掲注 2) 199 頁、田宮・前掲注 2) 400 頁、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕(第 2 版)』(2021 年) 494 頁、田中開ほか『刑事訴訟法 (第 6 版)』(2020 年) 348 頁〔長沼範良〕、光藤景皎『刑事訴訟法 II』(2013 年) 156 頁、石井一正『刑事実務証拠法 (第 5 版)』(2011 年) 123 頁、廣瀬・前掲注 2) 208 頁。

4) 最判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 巻 6 号 1672 頁。

5) 福岡地判平成 17 年 5 月 19 日判時 1903 号 3 頁。

第二章 違法収集証拠排除法則

第一節 最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決

P 巡査は、被告人の承諾なく、覚せい剤取締法違反の容疑のあった被告人の着衣上衣の内ポケットに手を入れて、中味を取り出したところ、覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤所持で現行犯逮捕したうえ、覚せい剤を差し押さえた。最高裁は、P 巡査の行為は、「職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当」として、所持品検査を違法とし、覚せい剤の差し押さえも違法であるとしたうえで、覚せい剤の証拠能力については、以下のように判示した。

「(一) 違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、『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 1 条)ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場

合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項等の所期する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も認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

（二）これを本件についてみると、原判決の認定した前記事実によれば、被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した P 巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかった被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであって、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立ってみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」

第二節 違法収集証拠排除の根拠とその基準

一 本判決は、捜査機関によって違法に収集・獲得された証拠の証拠能力が問題となったものであるが、結論としては、証拠排除されなかったものの、最高裁として初めて、証拠排除の可能性を理論的に認めたものであり⁶⁾、「令状

6) 松田岳士「違法収集証拠の証拠能力」法学教室 389 号（2013 年）26 頁、大谷直人「違法に収集した証拠」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第 3 版）』（2002 年）194 頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法（第 2 版）』（2018 年）421 頁〔堀江慎司〕、石井・前掲注 3）124 頁。

主義の精神を没却するような重大な違法」⁷⁾ (違法の重大性) と「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」(排除の相当性) がともに認められる場合に⁸⁾、違法

-
- 7) 本判決の「令状主義の精神を没却するような」との文言は、例示とされる。宇藤ほか・前掲注6) 424頁〔堀江慎司〕、堀江慎司「違法収集証拠の証拠能力(1)」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(2005年)137頁、三好幹夫「違法排除法則—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(2002年)344頁、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』(2015年)259頁、葛野尋之ほか編『判例学習・刑事訴訟法(第3版)』(2021年)297頁〔中川孝博〕、中島宏ほか『刑事訴訟法』(2022年)218頁〔中島宏〕参照。
- 8) 松田・前掲注6) 28頁、田宮・前掲注2) 402-403頁、酒巻匡『刑事訴訟法(第2版)』(2020年)512-514頁、長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」現代刑法55号(2003年)30、32、36頁、川出・前掲注3) 495-497頁、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果实論』の意義と妥当範囲」〔松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下巻)〕(1998年)529-530頁、緑大輔『刑事訴訟法入門(第2版)』(2017年)321-322頁、渡邊ゆり「違法収集証拠の排除—検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(下)』(2017年)381頁、中谷雄二郎「違法収集証拠の排除—裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(下)』(2017年)395-397頁、大谷・前掲注6) 195-196頁、光藤・前掲注3) 157頁、亀井源太郎ほか『プロセス講義刑事訴訟法』(2016年)275頁〔安井哲章〕、山本正樹「違法収集証拠の排除に関する一考察」〔鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下巻)〕(2007年)488、500、507頁、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除(下)—最高裁第一小法廷昭和53年9月7日の判決をめぐって—」ジュリスト680号(1978年)110頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(1990年)228頁、鈴木・前掲注2) 201、204頁、白取祐司『刑事訴訟法(第10版)』(2021年)399-400頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義(第7版)』(2022年)484頁、田中ほか・前掲注3) 349頁〔長沼範良〕、秋吉淳一郎「違法収集証拠」井上正仁=酒巻匡編『刑事訴訟法の争点(新・法律学の争点シリーズ6)』(2013年)183頁、安富潔『刑事訴訟法講義(第5版)』(2021年)301頁【以下、「安富①」として引用】、安富潔『刑事訴訟法(第2版)』(2013年)474頁【以下、「安富②」として引用】、石井・前掲注3) 125頁、関正晴編『刑事訴訟法(第2版)』(2019年)239頁〔高橋基〕、渡辺直行『刑事訴訟法(第2版)』(2013年)406頁〔但し、競合説が合理的とする〕、高田・前掲注7) 255、258頁、椎橋ほか・前掲注2) 347頁〔加藤克佳〕、大久保隆志『刑事訴訟法』(2014年)302頁、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』(2007年)202頁〔伊藤博路〕、平良木登規男『刑事訴訟法Ⅱ』(2010年)274頁、加藤康榮『刑事訴訟法(第2版)』(2012年)255-256頁【以下、「加藤①」とし

て引用】、加藤康榮『刑事法重要判例を学ぶ』(2012 年) 308-309 頁、半田・前掲注 2) 169 頁、大澤裕 = 杉田宗久「違法収集証拠の排除 (最二小判平成 15 年 2 月 14 日刑集 57 卷 2 号 121 頁)」法学教室 328 号 (2008 年) 71 頁 [大澤、杉田発言]、河上和雄ほか編『大コンメンタール 刑事訴訟法 (第 2 版) (第 7 卷)』(2012 年) 504 頁 [安廣文夫]、水野智幸「違法収集証拠排除法則の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題 (第 3 版)』(2015 年) 401 頁、多田辰也「排除法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 (下巻)』(2007 年) 351 頁、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』(2005 年) 319-320 頁 [佐藤隆之]、三井誠「違法収集証拠の排除 [1]」法学教室 263 号 (2002 年) 152 頁、三井誠「違法収集証拠の排除 [5]」法学教室 267 号 (2002 年) 119 頁、三井誠「違法収集証拠の証拠能力」松尾浩也 = 井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 6 版)』(1992 年) 129 頁、安東章「先行手続の違法と証拠能力」植村一郎編『刑事事実認定重要判決 50 選 (下) (第 3 版)』(2020 年) 543 頁【以下、「安東①」として引用】、安東章「違法収集証拠」小林充 = 植村一郎編『刑事事実認定重要判決 50 選 (下) (第 2 版)』(2013 年) 376 頁、安東章「違法収集証拠排除法則の展開 (覚せい剤事犯における被疑者の留め置きを中心として)」高嶋智光編集代表『新時代における刑事実務』(2017 年) 147 頁、安東章「刑事事実認定重要事例研究ノート (第 7 回) 違法収集証拠について」警察学論集 67 卷 7 号 (2014 年) 145 頁、司法研修所編『違法収集証拠の証拠能力をめぐる諸問題—裁判例を中心として—』(1988 年) 12 頁 [大淵敏和]、河上和雄「コメント 1」三井誠ほか編『刑事手続 (下)』(1988 年) 621 頁、佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室 275 号 (2003 年) 39 頁、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール 刑事訴訟法 (第 3 版)』(2018 年) 509 頁 [板津正道]、土本武司『刑事訴訟法要義』(1991 年) 435 頁、鈴嶋晋一「違法収集証拠排除法則」川上拓一編『刑事手続法の理論と実務』(2020 年) 378 頁、伊丹俊彦 = 合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』(2018 年) 846 頁 [辛島明]、松本一郎「違法収集証拠の証拠能力 (1)」松尾浩也 = 井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 7 版)』(1998 年) 139 頁、辻川靖夫「違法収集証拠の証拠能力」松尾浩也 = 岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』(2012 年) 135-136 頁、三好・前掲注 7) 343 頁、石井一正「違法収集証拠排除の基準—最判昭 53・9・7 以降の判例を中心として—」判例タイムズ 577 号 (1986 年) 9 頁 [石井一正『刑事訴訟の諸問題』(2014 年) 所収]、岡部泰昌「違法収集証拠の排除法則の根拠に関する考察 (上) (下) —将来における違法な捜査の抑制は正当な根拠および適用基準なのか」判例評論 338 号 (1987 年) 14 頁、339 号 (1987 年) 29 頁、田口守一ほか『《座談会》排除法則の現状と展望』現代刑事法 55 号 (2003 年) 9 頁 [山崎学発言]、小田部米彦「違法に押収された物の証拠能力」『刑事裁判の理論 (嶋良弼先生古稀祝賀論集)』(1979 年) 306 頁、福島至『基本講義刑事訴訟法』(2020 年) 217 頁、合田悦三「先行手続の違法と証拠能力 (2)」井上正仁ほか編『刑

収集証拠の証拠能力が否定されることを示している。

二 このように、最高裁は、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを明確に認めているが、問題は、それは、いかなる根拠・目的に基づくものであるのか、すなわち、違法収集証拠は、何ゆえに排除されなければならないのか、という点にある⁹⁾。

この点については、本判決がいかなる立場に拠っているのかは必ずしも定かではなく、学説上、さまざまな解釈ないし理解がこれまでに示されてきたところであるが、一般的には、司法の無瑕性（廉潔性）論、すなわち、違法収集証拠に基づいて、被告人を処罰することは、捜査機関による違法行為を是認し、ひいては、それに加担することに等しく、国民の司法に対する信頼を失わせることになるため、証拠排除することでそれを防ぎ、司法の無瑕性（廉潔性）を保持しようとする見解¹⁰⁾、および、違法捜査抑止論、すなわち、違法収集証拠の使用を禁止することで、違法な捜査活動によって証拠を獲得しても、それは無駄であると捜査機関に示し、よって、そのような違法捜査の将来におけ

事訴訟法判例百選（第10版）』（2017年）209頁、川出敏裕ほか「座談会 刑事証拠法の考え方と学び方（4・完）」法学教室493号（2021年）120頁〔宮崎香織発言〕、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法（第3版）』（2021年）487頁、洲見光男「演習」法学教室486号（2021年）138頁、井田良ほか編『事例研究刑事法Ⅱ刑事訴訟法（第2版）』（2015年）636頁〔小川佳樹〕、小林充（植村立郎監修、前田巖改訂）『刑事訴訟法（第5版）』（2015年）275-276頁、高木俊夫「最小平平成15年2月14日判決を読んで」研修680号（2005年）8頁、中島ほか・前掲注7）218-219頁〔中島宏〕。これに対し、両要件を競合的ないし併行的な関係として理解するものとして、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（1985年）557頁、高橋省吾「違法排除法則—裁判の立場から—」三井誠ほか編『刑事手続（下）』（1988年）610、612-613頁、田口守一『刑事訴訟法（第7版）』（2017年）399頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法（第3版）』（2013年）411頁。

9) 高田・前掲注7) 252頁参照。

10) 井上・前掲注8) 373頁、川出・前掲注3) 492頁、宇藤ほか・前掲注6) 417頁〔堀江慎司〕、松田・前掲注6) 25頁、緑・前掲注8) 319頁、鈴木・前掲注8) 227頁、鈴木・前掲注2) 202頁、高田・前掲注7) 253頁。

る再発を抑止しようとする見解¹¹⁾に基づくものと理解されている¹²⁾。そのうえで、先に述べた違法収集証拠排除の基準との関係については、前者における違法の重大性の要件が司法の無瑕性（廉潔性）論に対応し、後者における排除の相当性の要件は違法捜査抑止論に対応するものと位置づけられているのである¹³⁾。

もっとも、違法収集証拠排除の根拠に関しては、このような司法の無瑕性（廉潔性）論および違法捜査抑止論の観点からの二元的な理解とは異なり、違法捜査抑止論に基づいた一元的な理解も有力に主張されているところである¹⁴⁾。

三 さて、このような議論状況を踏まえたうえで、それでは、最高裁が扱って立つ違法収集証拠排除に関する根拠としては、どのように理解されるべきなのであろうか。この点について、あらためて検討する¹⁵⁾。

国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人

11) 井上・前掲注 8) 377 頁、川出・前掲注 3) 492 頁、宇藤ほか・前掲注 6) 417 頁〔堀江慎司〕、松田・前掲注 6) 25 頁、緑・前掲注 8) 319 頁。

12) 松田・前掲注 6) 27 頁、松田岳士「毒樹の果実」長沼範良ほか編『警察基本判例・実務 200 (別冊判例タイムズ 26 号)』(2010 年) 398 頁。

13) 酒巻・前掲注 8) 512、515 頁、緑・前掲注 8) 321 頁、光藤・前掲注 3) 157 頁、川出・前掲注 3) 497 頁、川出・前掲注 8) 530 頁、亀井ほか・前掲注 8) 274 頁〔安井哲章〕、鈴嶋・前掲注 8) 378 頁、渡邊・前掲注 8) 381 頁、中谷・前掲注 8) 396-397 頁、長沼・前掲注 8) 36-37 頁、大谷・前掲注 6) 195-196 頁、大澤=杉田・前掲注 8) 70、75、78、86 頁〔大澤発言〕、69、74-75 頁〔杉田発言〕、加藤①・前掲注 8) 256 頁、古江・前掲注 8) 486-487 頁、洲見・前掲注 8) 138 頁。なお、違法の重大性につき、違法捜査抑止論および司法の無瑕性論に対応するものと捉えるものとして、長沼ほか・前掲注 8) 319 頁〔佐藤隆之〕参照。また、違法の重大性と排除の相当性を競合的ないし併行的な関係としつつ、前者は司法の無瑕性論、後者は違法捜査抑止論に対応するものと捉えるものとして、井上・前掲注 8) 554、557 頁参照。

14) 鈴木・前掲注 8) 227-228 頁、鈴木・前掲注 2) 204 頁など。

15) なお、拙稿「私人による違法収集証拠の証拠能力—違法収集証拠排除論の一断面—」〔寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集 [上巻]〕(2021 年) 285 頁以下も参照。

権を保障すべき義務を負っている（憲法13条）¹⁶⁾。このことを前提とすると、最高裁は、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを認めているところ、このような違法収集証拠排除の考え方ないし判例法理は、国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけることができるように思われる。すなわち、違法収集証拠排除の根拠・目的は、端的に、個人の権利を保障ないし確保することに求められるのであり、換言すれば、違法行為を抑止することに求められるのである¹⁷⁾。

他方で、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護すべき義務¹⁸⁾を負っている（憲法13条）。そして、いわゆる違法収集証拠排除法則は、個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられる一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の

- 16) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第5版）』（2020年）119、123、131頁、市川正人『憲法』（2014年）i頁。なお、山本敬三『公序良俗論の再構成』（2000年）64、86、199、248、293頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（1）—私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢133巻4号（1993年）17頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（2・完）—私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢133巻5号（1993年）7-8、26頁、山本敬三「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法学教室171号（1994年）48-49頁参照。
- 17) なお、憲法は、違法行為を抑止するための手段・措置を求めるにとどまり、どのような手段・措置を講ずるかは、立法者に委ねられている。その意味で、違法行為を抑止するための措置として違法収集証拠排除を採用することは憲法から直ちに導かれるものではなく、それゆえ、違法収集証拠排除そのものを憲法上の要求ないし効果として位置づけるのは困難であるように思われる。
- 18) 長沼範良「刑事訴訟法の目的」法学教室197号（1997年）26頁、田中ほか・前掲注3）5頁〔長沼範良〕、棚町祥吉『逮捕（改訂）』（1992年）v頁参照。平川宗信『刑事法の基礎（第2版）』（2013年）104-109頁、山口厚『刑法（第2版）』（2011年）4-6頁、山口厚『刑法総論（第2版）』（2007年）2-6頁、西田典之『刑法総論（第2版）』（2010年）30-31頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）12-13頁なども参照。

義務と矛盾・抵触することから、違法収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整が求められることになる(憲法 13 条)¹⁹⁾。別言すれば、違法収集証拠排除について、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約が加えられるのである。

さて、翻って、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決に目を向けると、それは捜査機関によって収集・獲得された証拠の証拠能力が問題となったものであり、同判決は、そのような具体的事案を前提に、それに即した形で、一定の判断を示しているように見える。

先に述べたように、違法収集証拠排除の根拠は、個人の権利を保障ないし確保すること、すなわち、違法行為を抑止することに求められるが、本判決は、「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においては、その証拠能力は否定されるものと解すべき」と述べており、違法収集証拠排除の根拠については、将来の違法捜査を抑止しようとする違法捜査抑止論の立場に立っているものと考えられる^{20) 21)}。もっとも、これは、捜査機関による違法な手続によって収集・獲得された証拠の証拠能力が問題となった具体的事案を前提にして、その具体的事

19) なお、憲法 31 条は憲法 13 条と同旨であり、憲法 13 条に基づくこのような要請を、刑事手続に即して確認ないし強調したものと理解し得る。拙稿・前掲注 15) 289-292 頁参照。

20) 中川孝博『刑事訴訟法の基本』(2018 年) 226、228 頁、山本・前掲注 8) 500、504、511 頁、鈴木・前掲注 8) 227-228 頁、鈴木・前掲注 2) 204 頁、田口・前掲注 8) 398 頁、上口裕『刑事訴訟法(第 5 版)』(2021 年) 428 頁、関編・前掲注 8) 239 頁〔高橋基〕、葛野ほか編・前掲注 7) 287 頁〔中川孝博〕、大久保・前掲注 8) 300 頁、上口裕ほか『刑事訴訟法(第 5 版)』(2013 年) 231 頁〔上口裕〕、渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第 2 版)』(2009 年) 193 頁、田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(2004 年) 262 頁〔加藤克佳〕、村井敏邦編『現代刑事訴訟法(第 2 版)』(1998 年) 114 頁〔川崎英明〕、土本・前掲注 8) 436 頁、森井暲「違法収集証拠」佐々木史朗ほか編『刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズ 7 号)』(1980 年) 329 頁、河上和雄『搜索・差押(証拠法ノート 1)〔改訂版)』(1998 年)

案に即した形での表現が示されたものと見ることができよう²²⁾。

そのうえで、本判決は、証拠排除の基準ないし要件として、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」（違法の重大性）と「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」（排除の相当性）を挙げている。違法収集証拠排除は、いかなる場合になされるべきか、すなわち、証拠排除の基準ないし要件の指定・定立は、結局のところ、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整のあり方の問題に帰すると思われるところ、本判決が示した要件が、それとの関係において、理論的に、どのような意味を有するのか、どのような位置づけを有するのか、確認しておくことにしよう。

本判決が掲げる違法の重大性という要件は、個人の基本的人権の保障と公共

286 頁、小早川義則『毒樹の果実』松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（2002年）199頁、石井・前掲注8）12、16頁。小川佳樹「排除法則について」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（2019年）655、658-662頁も参照。

21) なお、先に述べたように、従来の一般的理解によれば、最高裁は、司法の無瑕性（廉潔性）論と違法捜査抑止論に立脚するものとされている。しかしながら、違法収集証拠排除の根拠は、直接的・第一義的には、違法捜査抑止論に依拠しているものと考えらるべきである。確かに、違法収集証拠排除によって、司法の無瑕性（廉潔性）が維持される面はあろう。しかしながら、司法の無瑕性（廉潔性）の維持という点は、あくまで違法捜査抑止論に基づく証拠排除の結果ないし反射的・事実的效果と見るべきであり、その意味において、せいぜい間接的・副次的・付随的な目的・根拠にとどまるというべきである（なお、アメリカ連邦最高裁の判例法につき、洲見・前掲注8）138頁参照（「『違法捜査の抑止』根拠が『司法の無瑕性』根拠をいわば飲み込む解釈を行っている」とする）。もっとも、最高裁昭和58年7月12日刑集37巻6号791頁における伊藤正己裁判官の補足意見では、「将来において同種の違法捜査が行われることを抑止し、司法の廉潔さを保持するという目的」との言及がなされているが、このような記述がただちに両者の並列的ないし同列的な関係を意味する（小川・前掲注20）659、665頁）のかは必ずしも自明ではなく、むしろ、上記の趣旨に基づくものとして理解されるべきである。

22) なお、光藤・前掲注3）164頁、三井誠＝酒巻匡『入門刑事手続法（第8版）』（2020年）282頁、石井・前掲注3）123、128頁、葛野ほか編・前掲注7）287頁〔中川孝博〕参照。

の福祉の維持との一般的・類型的な調整ないし利益衡量の結果として捉えられるべきであろう。それに対して、排除の相当性という要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の個別具体的な調整ないし利益衡量を求める趣旨に基づくものであり、すなわち、将来の違法捜査の抑止の見地からの証拠排除の必要性と証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）必要性との個別具体的な調整ないし利益衡量を要求しているのである。前者に関していえば、例えば、当該違法行為について将来の反復可能性が認められなければ、前者の証拠排除の必要性が低減するから、排除の相当性が否定される方向に結びつくことになる。従来、当該違法行為の将来の反復可能性がなければ、排除の相当性は否定されるとされてきたが²³⁾、それはこのような意味において捉えられるべきであろう²⁴⁾。また、後者に関していえば、証拠の重要性や事件の重大性といった点が考慮の対象となり得よう^{25) 26)}。

23) 鈴木・前掲注 8) 228 頁、鈴木・前掲注 2) 208 頁、石井・前掲注 3) 125 頁、石井・前掲注 8) 16 頁、宇藤ほか・前掲注 6) 423 頁〔堀江慎司〕、松田・前掲注 6) 28 頁、池田＝前田・前掲注 8) 484 頁、半田・前掲注 2) 169 頁、大澤＝杉田・前掲注 8) 71 頁〔杉田発言〕、樹下尚「違法収集証拠の証拠能力（下）」警察学論集 46 巻 6 号（1993 年）106 頁、安東①・前掲注 8) 543 頁、辻川・前掲注 8) 136 頁、三好・前掲注 7) 344 頁、安富②・前掲注 8) 474 頁、水野・前掲注 8) 401 頁。

24) 下級審裁判例において、例えば、鹿児島地裁加治木支判平成 29 年 3 月 24 日判時 2343 号 107 頁は、「今後も本件と同様の違法捜査が繰り返し行われることは大いにあり得るところであるから、本件捜査により獲得された証拠を許容することは、将来における違法捜査の抑制の見地からして相当でないというべきである」と判示するが、ここでは、上述したような利益衡量が前提とされているものと見ることができよう。

25) 酒巻・前掲注 8) 516 頁。なお、これに対し、宇藤ほか・前掲注 6) 423 頁〔堀江慎司〕参照。

26) なお、被害者が死亡しているような非常に重大な事案で有罪無罪を決するような重要な証拠の排除が問題となる場合には、排除の相当性が否定されるとの指摘もあるが（松田・前掲注 6) 28 頁、大澤＝杉田・前掲注 8) 71 頁〔杉田発言〕、安東①・前掲注 8) 543 頁、辻川・前掲注 8) 136 頁。加藤①・前掲注 8) 255-256 頁、中谷・前掲注 8) 408 頁も参照）、そのような場合には、証拠を用いる必要性が高まる結果として、排除の相当性が否定される方向に結びつくものと理解されよう。

四 このように、最高裁は、違法収集証拠排除の根拠について、将来の違法捜査を抑止しようとする違法捜査抑止論の立場に立ったうえで、違法収集証拠排除の基準ないし要件を提示したものと理解されるが、それでは、最高裁が示した基準ないし要件以外に、違法収集証拠排除が認められる理論的可能性は存在しないのであろうか。

違法収集証拠排除については、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整が求められ、その結果として、違法収集証拠排除に関する基準ないし要件が指定されることになる。もっとも、他方で、著しく重大な違法行為が認められる場合のように²⁷⁾²⁸⁾、違法収集証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合には²⁹⁾、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整を問うことなく、あるいは論ずるまでもなく、憲法13条ないし31条自体に基づき³⁰⁾、ただちに証拠排除されることになるものと考えられる。そして、最高裁もまた、このような理論的可能性を必ずしも排除するものではないというべきであろう³¹⁾。

27) 川出・前掲注3) 492頁。

28) なお、違法が「明白でしかも著しい」ことを指摘する見解もある(井上・前掲注8) 403頁。同旨、鈴木・前掲注8) 227頁、鈴木・前掲注2) 202頁)が、「明白」であることは、「捜査機関としては当然そのことを知っていた、あるいは知り得べきであったのに、敢えてそのような違法な手続に訴えて被告人の処罰を勝ち得ようとしたもの」とされており(井上・前掲注8) 403頁)、そうであれば、明白性の点は、詰まるところ、違法の程度に関する考慮の中に解消されるようにも思われる。

29) 鈴木茂嗣「憲法と刑事訴訟法との関係」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979年)4、7頁〔鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(上巻)』(1996年)所収〕、長沼ほか・前掲注8) 318頁〔佐藤隆之〕、井上・前掲注8) 371-373、403頁、鈴木・前掲注2) 202頁。

30) 鈴木・前掲注29) 7頁。

31) 鈴木・前掲注2) 203-204頁、緑・前掲注8) 321頁、古江・前掲注8) 472頁、長沼ほか・前掲注8) 319頁〔佐藤隆之〕、大澤=杉田・前掲注8) 69頁〔大澤発言〕。

第三章 国際捜査共助により得られた証拠の証拠能力

第一節 問題の背景

一 社会のグローバル化に伴い、犯罪の国際化も進展し、犯罪が国境をまたいで行われる場合が増え、その結果、捜査に必要な犯罪の証拠が外国に所在する場面が増大している³²⁾。また、国境を越えた人の移動が容易になったことで、日本人が外国で犯罪に及ぶ、あるいはその被害に遭う機会が増えており³³⁾、犯罪の関係者が外国に逃亡するという事例も増加している³⁴⁾。

外国にある証拠を獲得するための方法としては、まず、わが国の捜査官が外国において直接証拠を収集することが考えられよう。もっとも、問題は、外国においてわが国の捜査官が捜査活動を行うことができるのか、である。この点は、刑事訴訟法の場所的適用範囲をどのように考えるかとも関わってくるものであるが³⁵⁾、刑事訴訟法の適用が外国にも及ぶとしても³⁶⁾、捜査活動は国家

32) 川出・前掲注 3) 530 頁、川出敏裕「コンピュータ・ネットワークと越境捜査」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(2019 年) 411 頁、山内由光「国外における捜査活動」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法 I』(2012 年) 5 頁。

33) 山内・前掲注 32) 5 頁。

34) 川出・前掲注 3) 530 頁。

35) 杉山治樹「国外における捜査活動の限界」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法 [I]』(1998 年) 50 頁、山内・前掲注 32) 9-10 頁、松田昇「国際犯罪の現況と捜査段階における証拠収集上の諸問題」法律のひろば 32 巻 11 号 (1979 年) 19 頁、酒井邦彦「国際司法共助についての考察 (上)」警察公論 44 巻 5 号 (1989 年) 62 頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 (第 5 版)』(2022 年) 524 頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 (第 2 版) (第 11 巻)』(2017 年) 678 頁 [田辺泰弘]。

36) このような理解が学説上、多数ないし有力である。杉山・前掲注 35) 52-53 頁、山内・前掲注 32) 11-12 頁、河上和雄『捜査官のための実務刑事手続法』(1978 年) 304 頁、山本和昭「国際犯罪と刑事手続上の諸問題」警察学論集 29 巻 1 号 (1976 年) 121 頁、関聡

主権の行使であり³⁷⁾、外国での捜査は外国の主権侵害を生じさせることになるから³⁸⁾、そのような外国の主権との兼ね合いにおいて、その国の承諾がない限りは、捜査を行うことはできない³⁹⁾。したがって、外国の承諾があれば、わが国の捜査官は捜査を行うことが可能であるが^{40) 41)}、現在の実務上は、外

介「国際化と裁判手続—弁護の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(2002年) 427頁、山口幹生「国際化と捜査」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』(2002年) 434頁、安富潔「犯罪の国際化と捜査」警察学論集 46巻9号(1993年) 136-137頁【以下、「安富③」として引用】、安富潔「海上警察権の行使と国内法」『国際法と国内法(山本草二先生還暦記念)』(1991年) 614-615頁、松田・前掲注 35) 19-20頁、酒井・前掲注 35) 62頁、藤永幸治「国外における捜査活動の限界」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集 続刑事訴訟法』(1980年) 2-3頁、松尾監修・前掲注 35) 524頁。

- 37) 川出・前掲注 3) 530頁、川出・前掲注 32) 411頁、川出敏裕「犯罪の国際化と刑事法」『岩波講座現代の法 6 現代社会と刑事法』(1998年) 6頁、山内・前掲注 32) 6頁、山内由光「刑事手続における国際協力」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点(新・法律学の争点シリーズ 6)』(2013年) 18頁、山口・前掲注 36) 435頁、安富③・前掲注 36) 138頁、松田・前掲注 35) 19頁、藤永・前掲注 36) 2頁、宮崎礼壹「国外における捜査(証拠の収集)」河上和雄編『刑事裁判実務大系 11 犯罪捜査』(1991年) 635頁、河上和雄「国際犯罪と捜査共助—司法共助」現代刑事法 1号(1999年) 61頁、渡辺咲子『任意捜査の限界 101問(五訂)』(2013年) 205-206頁、土本武司「国際捜査協力—福岡一家殺害判決(中国)」捜査研究 645号(2005年) 114頁、河上ほか編・前掲注 35) 678頁〔田辺泰弘〕、田宮・前掲注 2) 159頁。
- 38) 川出・前掲注 32) 412頁、城祐一郎『現代国際刑事法—国内刑事法との協働を中心として—』(2018年) 66-67頁、山本・前掲注 36) 120頁、伊名波宏仁「国際化と裁判手続—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(2002年) 414頁、山口・前掲注 36) 435頁、安富③・前掲注 36) 138頁、藤永・前掲注 36) 2頁、河上・前掲注 37) 61頁、渡辺・前掲注 37) 205頁、河上ほか編・前掲注 35) 678頁〔田辺泰弘〕。
- 39) 川出・前掲注 3) 530頁、川出・前掲注 32) 411頁、川出・前掲注 37) 6頁、山口・前掲注 36) 433、435頁、安富③・前掲注 36) 138頁、松田・前掲注 35) 20頁、渡辺・前掲注 37) 205-206頁、土本・前掲注 37) 114頁、河上ほか編・前掲注 35) 678頁〔田辺泰弘〕、田宮・前掲注 2) 159頁。
- 40) 杉山・前掲注 35) 51、53、59頁、山内・前掲注 32) 12頁、河上・前掲注 36) 305頁、山本・

国における捜査活動は行われていないとされる⁴²⁾。その理由としては、外国がわが国の捜査官による捜査活動を承諾しないからではなく、わが国が政策的にこのような承諾を求めることを差し控えているからだと指摘されている⁴³⁾。つまり、わが国が外国に対して捜査活動の承諾を求めるにあたっては、後に当該国がわが国に捜査活動の承諾を求めてきた場合にはこれに応じるとの相互主義の保証を行うことが国際慣行上求められているが、わが国は、外国の捜査官が国内で捜査活動を行うことについては、外国の公権力の行使にあたるとして政策的にこれを認めていないことから、外国に対して相互主義の保証を行うことができず、わが国の捜査官が外国で捜査活動を行うことについて当該国の承諾を求めることを差し控えているとされているのである⁴⁴⁾。

前掲注 36) 120-122、126 頁、堀籠幸男「国際化と刑事手続一裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続(下)』(1988 年) 635-636 頁、伊名波・前掲注 38) 413 頁、関・前掲注 36) 427 頁、山口・前掲注 36) 435 頁、安富③・前掲注 36) 138-139 頁、藤永・前掲注 36) 2-3 頁、松尾監修・前掲注 35) 524 頁、河上ほか編・前掲注 35) 680 頁〔田辺泰弘〕。

- 41) わが国の捜査機関による外国での捜査活動につき当該国の承諾が得られた場合、その捜査活動は国内での捜査活動と性質上異なるものではない。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 618 号 (1999 年) 4 頁。
- 42) 杉山・前掲注 35) 51、59 頁、山内・前掲注 32) 5-6 頁、山内由光「国外にある証拠の収集に関する諸問題(上)」捜査研究 783 号 (2016 年) 14 頁、山口・前掲注 36) 431、435 頁、松尾監修・前掲注 35) 524 頁、河上ほか編・前掲注 35) 680 頁〔田辺泰弘〕。
- 43) 杉山・前掲注 35) 59-60 頁、河上ほか編・前掲注 35) 680 頁〔田辺泰弘〕。
- 44) 杉山・前掲注 35) 60、63 頁、三明翔「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」法学新報 121 巻 5=6 号 (2014 年) 158 頁、山内・前掲注 32) 6 頁、山内・前掲注 42) 14 頁、山口・前掲注 36) 435-436 頁、酒井・前掲注 35) 62 頁、松尾監修・前掲注 35) 524-525 頁、河上ほか編・前掲注 35) 675、680 頁〔田辺泰弘〕、宮木康博「国際捜査共助の要請に基づき作成された供述調書の証拠能力」同志社法学 359 号 (2013 年) 376 頁、渡辺・前掲注 37) 205-206 頁、松田・前掲注 35) 21 頁、宮崎・前掲注 37) 635 頁、古田佑紀「刑事司法における国際協力」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第 1 巻 現代社会における刑罰の理論』(1984 年) 401 頁。

もう一つの方法としては、わが国の捜査官が外国に証拠収集及びその送付を依頼することが考えられよう⁴⁵⁾。先に述べたように、実務上、わが国の捜査官は外国で直接に捜査活動を行っていないことから、外国に所在する証拠を収集するにあたっては、外国に証拠収集及びその送付を依頼するという捜査共助の手續によっているのが実情である⁴⁶⁾。

もっとも、そうだとしても、このような捜査共助の要請が可能であるのかは、理論的に問題となり得る余地はある。この点、確かに、国内法上は、外国に対して捜査共助要請を行うことができる旨の明文の根拠規定は存在しないが、しかしながら、刑訴法 197 条 1 項は「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる」と規定するところ、本規定に基づき、外国に対する捜査共助要請も、捜査の一環として行うことが可能であると解されよう⁴⁷⁾。また、わが国が外国から捜査共助の要請を受けた場合の手續を定めた国際捜査共助等に関する法律（国際捜査共助法）は⁴⁸⁾、相互主義の保証があることを要件の一つとしているが、これは刑訴法 197 条 1 項に基づく捜査共助

45) 杉山・前掲注 35) 51 頁、川出・前掲注 32) 411 頁。

46) 杉山・前掲注 35) 51 頁、山内・前掲注 32) 6、9 頁、山内・前掲注 42) 15 頁、三明・前掲注 44) 159 頁。

47) 川出・前掲注 3) 530 頁、川出・前掲注 37) 10-11 頁、山内・前掲注 32) 6 頁、山内・前掲注 37) 19 頁、山内・前掲注 42) 15 頁、杉山・前掲注 35) 61 頁、三明・前掲注 44) 188 頁、城・前掲注 38) 71 頁、古田佑紀「国際化と刑事手続—検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続（下）』（1988 年）649 頁、落合義和「国際化と裁判手続—検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（2002 年）420 頁、山口・前掲注 36) 432 頁、古田・前掲注 44) 405 頁、松尾監修・前掲注 35) 530 頁、河上ほか編・前掲注 35) 677 頁〔田辺泰弘〕、塩澤健一「実務刑事判例評釈 [132]」警察公論 60 卷 11 号（2005 年）100-101 頁、大原義宏「刑事判例研究 [470]」警察学論集 68 卷 11 号（2015 年）157 頁【以下、「大原①」として引用】、大原義宏「新判例解説」研修 767 号（2012 年）14 頁【以下、「大原②」として引用】。

48) 杉山・前掲注 35) 61 頁、山内・前掲注 37) 19 頁、山内・前掲注 32) 6 頁。

要請の存在を前提とするものであろう⁴⁹⁾。

二 先に述べたように、外国に所在する証拠を収集するにあたっては、捜査共助が活用される。相手国の捜査機関は、自国の法令に従って証拠を収集することになるが⁵⁰⁾、その場合、わが国にはない手続・制度によって証拠が得られるということもあり得る⁵¹⁾。しかしながら、むしろ、捜査共助というものは、そのような彼我の法制の違いを前提として、外国の捜査機関によって収集された証拠を刑事裁判で用いることを想定しているのであり、したがって、わが国と外国との手続・制度の違いから、ただちにそのような証拠を用いることが許されないというのは妥当でないであろう⁵²⁾。もっとも、他方で、外国の捜査機関が拷問を用いて自白を獲得したという場合に、そのような証拠をわが国の

49) 杉山・前掲注 35) 61 頁、山内・前掲注 32) 6 頁、松尾監修・前掲注 35) 530 頁。

50) 杉山・前掲注 35) 62 頁、山本・前掲注 36) 119-120、125、128 頁、古田・前掲注 47) 646 頁、山口・前掲注 36) 441 頁、安富③・前掲注 36) 143 頁、角田正紀「犯罪の国際化と捜査」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (新版)』(1991 年) 99 頁、古田・前掲注 44) 376 頁、松尾監修・前掲注 35) 530 頁、河上ほか編・前掲注 35) 665 頁〔田辺泰弘〕、塩澤・前掲注 47) 101 頁、大原①・前掲注 47) 157-158 頁。

51) 三明・前掲注 44) 159 頁、川出・前掲注 3) 530 頁、山内・前掲注 37) 19 頁。

52) 川出・前掲注 3) 530 頁、三明・前掲注 44) 159 頁、福吉真人「我が国の捜査機関から米軍当局に嘱託して行われた捜査差押の結果取得された証拠物の証拠能力」判例タイムズ 968 号 (1998 年) 120-121 頁、落合・前掲注 47) 422 頁、河村博「刑事手続における国際協力」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (第 3 版)』(2002 年) 21 頁、河上ほか編・前掲注 35) 665、689-690 頁〔田辺泰弘〕、塩澤・前掲注 47) 103 頁、東山太郎「国際捜査共助の要請に基づき作成された供述調書」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選 (第 10 版)』(2017 年) 189 頁、大原①・前掲注 47) 170 頁、大原②・前掲注 47) 10 頁、池田公博「国際捜査共助の要請に基づき作成された供述調書の証拠能力」『平成 23 年度重要判例解説』ジュリスト 1440 号 (2012 年) 190 頁、滝沢誠「判批」法学新報 119 巻 11 = 12 号 (2013 年) 173 頁、宮木・前掲注 44) 366-367 頁、今村智仁「判批」研修 682 号 (2005 年) 67 頁、井上正仁「刑事免責と嘱託証人尋問調書の証拠能力 (2)」ジュリスト 1072 号 (1995 年) 141 頁。

刑事裁判で使用することは許されないことに異論はないであろう⁵³⁾。そうだとすれば、このような帰結は、果たして、どのような論理によって導かれるのであろうか。

本章では、国際捜査共助によって獲得された証拠の証拠能力について、どのように判断されるべきか、その枠組みについて、福岡地裁平成17年5月19日判決を素材としながら、考察することにしたい。

第二節 福岡地裁平成17年5月19日判決

本件は、中国人留学生であるA、B及びCの3名が、共謀の上、福岡市内の民家に侵入し、一家4人全員を殺害して金品を強取した上、被害者4人の死体を遺棄したという住居侵入、強盗殺人、死体遺棄の事案である。

Aは、本件犯行後、日本国内で別件傷害事件により逮捕、起訴され、さらに、本件の犯人であることが判明したが、共犯者のB及びCは、犯行後、中国に帰国し、中国公安当局に身柄拘束された。このため、わが国は、福岡県警察から警察庁、外務省を通じて中国に対し捜査共助の要請を行い、B及びCの取調べと供述調書の作成を求めた。その際、わが国からは、中国公安当局の係員が行うB及びCの取調べにわが国の警察官及び検察官が立ち会うことを要請した。さらに、中国においては、法律上、被疑者に黙秘権が認められず、かえって真実供述義務が法定されていたところ（中国刑法93条は、「被疑者は、捜査員の質問に対して、ありのままに答えなければならない」と規定していた⁵⁴⁾）、

53) 古江・前掲注8) 491頁、川出・前掲注41) 7頁、川出・前掲注37) 11-12頁、山本・前掲注36) 132-133頁、金山薫「国際化と捜査—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続I』（2002年）450頁、宮崎・前掲注37) 647頁、河上ほか編・前掲注35) 691頁〔田辺泰弘〕、中島洋樹「判批」香川法学27巻3=4号（2008年）106頁、太田茂「刑事裁判例批評（200）」刑事法ジャーナル32号（2012年）163頁、藤永・前掲注36) 7頁。

54) なお、三浦透「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成23年度）』183-186頁参照。

わが国から中国に対し、捜査共助の要請に係る取調べにおいては、B 及び C に黙秘権を告知されたい旨も要請した。

こうして、中国において、わが国の警察官及び検察官立会いの下、黙秘権を告知した上で、中国公安当局の係官による取調べが行われ、B 及び C の供述調書等が作成された。

福岡地方裁判所における A に対する住居侵入、強盗殺人、死体遺棄等被告事件の公判において、検察官は、このようにして作成され、日本に送付された B の供述調書 4 通、B 作成の図面 1 枚、C の供述調書 3 通及び翻訳文作成に関する報告書 7 通等の取調べを請求したところ、福岡地裁は平成 16 年 11 月 30 日の決定⁵⁵⁾により上記調書等を証拠として採用した。この点に関し、弁護人は、弁論において、本件調書等には証拠能力がない旨主張したため、福岡地裁は、A に死刑を言い渡した本判決において、本件調書等の証拠能力について改めて付言した。

弁護人は、概要、①本件調書等は、B 及び C に対して保障されるべき供述の自由を侵害して得られたものであって、わが国の憲法及び刑訴法に照らし、違法収集証拠として排除すべきである、②中国の刑事訴訟制度においては、黙秘権が保障されていないこと等からすれば、このような制度を前提として得られた本件調書等は、刑訴法の精神に照らし、証拠として許容すべきでない、③本件調書等には、反対尋問に代わる信用性の情動的保障がなく、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たさない旨主張するところ、本判決は、以下のように判示し、証拠能力を肯定した⁵⁶⁾ (なお、本判決は、本件調書等の特信状況を認めたが、本稿の問題関心との関係から、これに対応する部分は省略する)。

①違法収集証拠の主張について

55) 本決定の評釈として、今村・前掲注 52) 57 頁がある。

56) なお、控訴審 (福岡高判平成 19 年 3 月 8 日高刑速 (平成 19 年) 443 頁)、上告審 (最判平成 23 年 10 月 20 日刑集 65 巻 7 号 999 頁) においても、この結論は維持されている。

「本件捜査共助は、国家間の国際礼譲に基づき日本国が中国に任意の捜査協力を要請したもので、その手続は任意捜査の一方法として適法に行われていること、国際捜査共助の手続に基づき日本から捜査協力を要請された外国の捜査機関は、その国の法令に定められた手続に従って証拠収集を行うのであって、日本の法律は適用されないことからすれば、日本の捜査官の違法行為によって得られた証拠の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則が、中国の捜査機関による証拠収集手続に適用されないことは明らかである。」

「ところで、弁護人は、B及びCに対する取調べ(以下「本件取調べ」という。)が中国の捜査機関によって行われたとしても、それは、日本の捜査機関の依頼により、日本の捜査官が用意した質問事項に基づき、黙秘権の制度的保障のないまま行われていることからすれば、将来にわたってそのような捜査を抑制する必要があるから、本件調書等は違法収集証拠として排除すべきである旨主張する。しかしながら、本件取調べが、日本国からの国際捜査共助に基づくもので、日本の捜査官が予め作成した質問項目に基づいて行われたものであったとしても、本件取調べに立ち会った日本の捜査官が直接B及びCに対して質問することは一切許されていなかったことからすれば、本件取調べをもって日本の捜査官による取調べであったと評価することはできない。そして、元々違法収集証拠排除法則が日本の捜査官による将来の違法捜査を抑制する見地から認められた証拠法則であることから考えると、国際捜査共助により得られた証拠の証拠能力に関しては、証拠の許容性の問題として検討すれば足りると解される・・・。」

②本件調書等に関する証拠の許容性について

「国際捜査共助に基づき、外国の捜査機関がその国の法令に従って適法に証拠収集を行ったとしても、その結果得られた証拠は日本の刑事裁判において使用されることからすれば、その証拠収集手続が日本の法令に照らして違法であると見られる場合には、証拠能力に関する諸規定のほか、刑訴法全体の精神に照らし、その証拠を事実認定の証拠とすることが許容されるかどうかについて

も検討する必要があると解するのが相当である (最高裁平成 7 年 2 月 22 日大
法廷判決・刑集 49 巻 2 号 1 頁参照)。そして、元来、国際捜査共助は、外国に
おける証拠収集のための要件や手続が日本におけるそれと異なっていることを
当然の前提として成り立つ制度であることを考えると、国際捜査共助によって
得られた証拠を日本の刑事裁判において使用することが許容されなくなるの
は、外国の捜査機関による証拠収集手続が、刑訴法全体の基本理念に実質的に
反していると認められる場合に限られると解するのが相当である。」

「ところで、この点に関し、弁護人は、中国の刑事訴訟制度においては被疑
者の黙秘権が保障されていないことを指摘するところ、確かに、中国刑事訴訟
法 93 条は、被疑者に真実供述義務を課しており、被疑者の黙秘権を認めてい
ないことが明らかである。しかし、そのことから直ちに本件調書等について証
拠の許容性を否定すべきであると解することはできない。なぜなら、被疑者の
黙秘権が制度的に保障されていなかったとしても、被疑者の取調べが実質的に
供述の自由を保障した上で行われたと認められるのであれば、その取調べを刑
訴法の基本理念に実質的に反していると評価するまでの必要はないと解される
からである。したがって、本件調書等について証拠の許容性を判断するに当たっ
ては、本件取調べにおいて、B 及び C に対し実質的に供述の自由が保障され
ていたと評価することができるかどうかについてさらに検討する必要があると
ころ、本件取調べは、日本国から中国に対する国際捜査共助に基づいて実施さ
れたものであり、実際の取調べの時も日本の捜査官が立ち会っていたこと、ま
た、取調官は、B 及び C に対する取調べを開始するに当たっては、取調べに
立ち会った日本の捜査官の要請に基づき、B 及び C に供述拒否権を告知して
いること、しかも、B 及び C に対する質問内容はあらかじめ日本の捜査官が
作成した質問事項に基づいて行われ、B 及び C に本件調書等に対する署名及
び指印を求めるに当たっても、その内容の正確性についてあらかじめ日本の捜
査官が確認していること、そして、B 及び C が署名及び指印した本件調書等
の原本は、その後中国から日本国に送付されてきたことにかんがみると、本件

取調べは、中国の捜査機関がB及びCを中国の刑法に従って処罰するために行ったものでないことは明らかである。また、本件取調べの態様をみても、B及びCに対し、肉体的強制が加えられていないことは明らかである。加えて、本件取調べの開始前にB及びCに対して供述拒否権が告げられていたことのほか、本件調書等はいずれも一問一答の問答形式の体裁で記載されていて、B及びCの言い分がそのまま記載されていると認めることができる上、B及びCが取調官から厳しく追及されたことを窺わせる事情は一切存在せず、本件取調べにおいてB及びCが供述拒否権を奪われるような精神的強制を加えられた形跡も認められない。そうすると、中国刑訴法が制度として被疑者に真実供述義務を課し、黙秘権を否定しているとしても、本件取調べにおいては、B及びCが供述の自由を侵害されたと見るべき事情はないと言えることから、本件調書等を作成するための証拠収集手続が刑訴法の基本理念に実質的に反しているともみることができない。」

「弁護人は、中国の刑事訴訟制度においては、被疑者の弁護権の保障が十分でないことを指摘するが、日本においても、被疑者に対する国選弁護人の制度は認められていないこと、また、実際には当番弁護士制度等が整備されているとはいっても、全ての重大事件において、被疑者が私選弁護人を選任するわけではないことに照らすと、中国における被疑者の弁護権のあり方をもって、B及びCに対する本件取調べが刑訴法の基本理念に実質的に反しているともまでは評価できない。」

「弁護人は、中国の刑事訴訟制度においては、起訴前に長期の身柄拘束が許されていることを指摘するが、Bは平成15年（2003年）8月19日に遼陽市において、Cは同月27日に北京市において、いずれも『2003年6月19日夜12時ころ、B、C、Aは、日本国福岡市においてO一家4人を殺害し、約4万円を強取した』旨の事実で逮捕されているところ、B及びCは、逮捕当初から概ね逮捕事実を認めていたと認められることからすれば、本件取調べが実施されるまでの間の身柄拘束がB及びCの供述に不当な影響を与えたとは考えら

れない。したがって、B 及び C に対する起訴前の身柄拘束期間が刑法と比べて長期にわたっていることをもって、本件取調べが刑法の基本理念に実質的に反していると評価することはできない。」

「以上のとおり、本件調書等については、その証拠収集手続である本件取調べが刑法の基本理念に実質的に反するものではなかったとすることができるから、本件調書等について証拠の許容性を肯認することができる。」

第三節 証拠能力の判断枠組み

第一款 違法収集証拠排除法則の適用

一 捜査共助においては、わが国と相手国とでは証拠獲得のための手続・制度に違いが生じ得る。そのため、相手国の捜査機関は自国の法令に従って捜査を行うが、自国の法令に照らして適法と評価されても、わが国の法令に引き直せば違法と評価されることもある⁵⁷⁾。たとえ相手国の捜査機関による捜査が適法であるとしても、それによって獲得された証拠の証拠能力は、それがわが国の刑事裁判での利用可能性に関わるものである以上、わが国の法令に基づいて判断されることになる⁵⁸⁾。その意味では、相手国の捜査機関による捜査が適法であったか否かということ自体は、それによって獲得された証拠の証拠能力を検討するうえで意味を持つものではないといえよう⁵⁹⁾。

57) 川出・前掲注 3) 530 頁、三明・前掲注 44) 159 頁。

58) 川出・前掲注 3) 530 頁、川出・前掲注 41) 4 頁、川出・前掲注 37) 11 頁、古江・前掲注 8) 491 頁、山本・前掲注 36) 130-131 頁、山口・前掲注 36) 432 頁、安富③・前掲注 36) 143-144 頁、角田・前掲注 50) 99 頁、河上ほか編・前掲注 35) 678、691 頁〔田辺泰弘〕、塩澤・前掲注 47) 101 頁、松田岳士「刑事裁判例批評 (19)」刑事法ジャーナル 4 号 (2006 年) 102 頁【以下、「松田①」として引用】、松田岳士「判批」新・判例解説 Watch11 号 (2012 年) 162 頁【以下、「松田②」として引用】、大原①・前掲注 47) 168 頁、大原②・前掲注 47) 9 頁、三浦・前掲注 54) 190 頁、葛野ほか編・前掲注 7) 301 頁〔伊藤陸〕。

59) 川出・前掲注 3) 530 頁、川出・前掲注 41) 4 頁、川出・前掲注 37) 11 頁、山内・前掲注 32) 16 頁、古江・前掲注 8) 491 頁、山口・前掲注 36) 440、442 頁。

二 さて、このようにわが国の法令に引き直してみると違法となるような手続によって得られた証拠の証拠能力はどのように判断されるのであろうか⁶⁰⁾。

この点については、違法収集証拠排除の問題として処理すればよいとの見解もあり得よう。つまり、わが国の法令に引き直してみれば違法となるような手続によって証拠が獲得された場合には、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決が示した違法収集証拠排除法則を適用すればよいということになる。しかしながら、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決は、わが国の法令下において、捜査機関が違法な手続によって獲得した証拠の証拠能力を否定し、それによって将来の違法な捜査の再発を抑止しようとするものであって、外国の捜査機関にはわが国の法令が適用されることはなく⁶¹⁾、違法と評価されることもないのであるから⁶²⁾、違法収集証拠排除の問題として処理することは困難であるといえよう。また、たとえ、外国の捜査機関はわが国の捜査機関ではないという意味で私人と捉え、私人による違法収集証拠の問題として位置づけたとしても^{63) 64)}、外国の捜査

60) これに対して、わが国の法令に引き直してみれば適法と評価される場合には、当然に証拠能力は認められる。川出・前掲注 41) 4 頁。

61) 古江・前掲注 8) 492-493 頁、山口・前掲注 36) 432 頁、太田・前掲注 53) 158 頁。東京高判平成 29 年 9 月 21 日高刑速（平成 29 年）175 頁参照。

62) 川出・前掲注 3) 530 頁。

63) 山本・前掲注 36) 132 頁、堀籠・前掲注 40) 637 頁、伊名波・前掲注 38) 415 頁、藤永・前掲注 36) 7 頁。

64) なお、私人による違法な手続によって収集・獲得された証拠については、その論拠は必ずしも一様ではないが、証拠排除の可能性は認められている。宇藤ほか・前掲注 6) 432 頁〔堀江慎司〕、酒巻・前掲注 8) 517 頁、田宮・前掲注 2) 407 頁、田口・前掲注 8) 403 頁、白取・前掲注 8) 404 頁、上口・前掲注 20) 440 頁、田中ほか・前掲注 3) 354 頁〔長沼範良〕、光藤・前掲注 3) 164 頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）（新版補正第 2 版）』（1999 年）121 頁、安富①・前掲注 8) 300 頁、安富②・前掲注 8) 482 頁、廣瀬・前掲注 2) 216 頁、亀井ほか・前掲注 8) 283 頁〔安井哲章〕、椎橋ほか・前掲注 2) 356 頁〔加藤克佳〕、加藤克佳「違法収集証拠排除法則」法学教室 245 号（2001 年）42 頁、寺崎編・前掲注 8) 203

機関にはわが国の法令が適用されず、違法と評価されることもないことには変わりがないのであるから⁶⁵⁾、そのような私人による違法収集証拠の問題として処理することも、やはり困難であるように思われる⁶⁶⁾。

このように考えると、わが国の法令に引き直してみると違法となるような手続によって得られた証拠の証拠能力について、違法収集証拠排除の問題として処理することはできないというべきであろう。この点、上記福岡地裁平成 17 年 5 月 19 日判決は、「国際捜査共助の手続に基づき日本から捜査協力を要請された外国の捜査機関は、その国の法令に定められた手続に従って証拠収集を行うのであって、日本の法律は適用されないことからすれば、日本の捜査官の違法行為によって得られた証拠の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則が、中国の捜査機関による証拠収集手続に適用されないことは明らかである」と述べ、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決が示した違法収集証拠排除法則の適用の余地を明確に否定している⁶⁷⁾。

もっとも、このような理解に立ったとしても、わが国の捜査機関の関与の態様・程度によっては、外国の捜査機関の行為がわが国の捜査機関の行為と同視されることがあり得、その場合には違法収集証拠排除法則の適用が考えられ

頁〔伊藤博路〕、上口ほか・前掲注 20) 237 頁〔上口裕〕、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法 (第 3 版) (第 6 巻)』(2015 年) 178 頁〔植村立郎〕、井上・前掲注 8) 416-417、584 頁、松尾浩也編『刑事訴訟法 II』(1992 年) 281 頁〔島田仁郎〕、吉開多一ほか『基本刑事訴訟法 II』(2021 年) 229 頁〔緑大輔〕、田淵浩二『基礎刑事訴訟法』(2022 年) 233 頁、中島ほか・前掲注 7) 222 頁〔中島宏〕。なお、拙稿・前掲注 15) 285 頁以下参照。

65) 川出・前掲注 41) 5 頁。

66) 古江・前掲注 8) 493 頁、川出・前掲注 41) 5 頁。

67) なお、本判決は、「本件捜査共助は、国家間の国際礼讓に基づき日本国が中国に任意の捜査協力を要請したもので、その手続は任意捜査の一方法として適切に行われていること」に言及しており、捜査共助手続自体が違法であれば、証拠排除の問題となり得ることを示唆しているように見える。松田①・前掲注 58) 102 頁、松田②・前掲注 58) 164 頁、川出・前掲注 41) 3 頁、滝沢・前掲注 52) 169 頁、宮木・前掲注 44) 366 頁参照。

る⁶⁸⁾。もっとも、そうだとした場合、外国の捜査機関による行為は、わが国の共助要請に基づくとはいえず、主体的ないし独立したものであり⁶⁹⁾、わが国の捜査共助の要請それ自体をもって、ただちにわが国の捜査機関の行為と同視することは困難というべきであろう⁷⁰⁾。この点、本判決は、「本件取調べが、日本国からの国際捜査共助に基づくもので、日本の捜査官が予め作成した質問項目に基づいて行われたものであったといっても、本件取調べに立ち会った日本の捜査官が直接 B 及び C に対して質問することは一切許されていなかったことからすれば、本件取調べをもって日本の捜査官による取調べであったと評価することはできない」と判断している。

第二款 証拠としての許容性

一 このように違法収集証拠排除の問題として処理するのが困難であると考えれば、わが国の法令に引き直してみると違法となるような手続によって得られた証拠の証拠能力については、どのように判断されるべきなのであろうか、あるいは、どのような場合に証拠能力は否定されるべきなのであろうか。

先に述べたように、確かに、外国の捜査機関による証拠収集手続が、わが国の法令に引き直してみると違法となるような場合であっても、そのような外国の捜査機関による証拠収集手続にはわが国の法令が適用されない以上、違法と評価し得ないであろう。しかしながら、このように厳密には違法な手続と評価し得ないとしても、わが国の法令に引き直せば違法となるような場合には、わ

68) 川出・前掲注 41) 4 頁、宮木・前掲注 44) 365 頁参照。

69) 川出・前掲注 41) 4 頁、杉山・前掲注 35) 61 頁、宮木・前掲注 44) 366 頁。

70) 川出・前掲注 41) 4 頁、宮木・前掲注 44) 366 頁。これに対し、関・前掲注 36) 428 頁は、「わが国の捜査機関や裁判所からの司法共助や嘱託等に基づいて外国官憲等が証拠を作成・入手した場合には、むしろわが国の公務員自らが収集した場合と同視して、違法収集証拠の問題を検討するべきである」とする。

が国の法令の下においても、そのような手続は違法との評価を得ずとも、少なくとも不当と評価することは可能であるように思われる。そうだとすると、ここでは、結局のところ、このような不当な手続によって収集された証拠は排除されるのか、排除されるとして、いかなる場合に排除されるのか、ということが問われているものと理解することができるように思われる。このような理解を前提として、先に述べた憲法の規範構造を踏まえつつ、さらに検討を進めることにしよう。

二 国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っているところ⁷¹⁾、このような国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として、不当な手続によって収集・獲得された証拠を排除するということが想定されよう。換言すれば、個人の権利を保障ないし確保するために、つまり、不当な行為を抑止するために、不当な手続によって収集・獲得された証拠が排除されることになるのである。

もっとも、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護すべき義務を負っている。そして、不当な手続によって収集・獲得された証拠の排除、すなわち、いわば不当収集証拠排除は、個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられるが、一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の義務と矛盾・抵触することから、不当収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整が求められることになる。別言すれば、不当収集証拠排除について、個

71) なお、ここでいう国民には、外国人も含まれ得る。浦部法穂『憲法学教室 (第 3 版)』(2016 年) 60-61 頁、芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法 (第 7 版)』(2019 年) 92 頁、市川・前掲注 16) 72 頁、辻村みよ子『憲法 (第 4 版)』(2012 年) 126 頁、初宿正典『憲法 2 (第 3 版)』(2010 年) 77 頁参照。

人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約が加えられるのである。

それでは、不当収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整はどのようになされるべきなのか、すなわち、不当収集証拠排除は、いかなる場合になされるべきなのか、その基準ないし要件が問題となる。この点は、違法収集証拠排除に関する議論に準じて、ないし即して考えられるべきであろう。なぜなら、そこでいう不当とは、その実質において違法と異なるものではないからである。

先に述べた最高裁昭和53年9月7日判決に対する分析・検討を踏まえるならば、最高裁としては、違法収集証拠排除につき、違法の重大性と排除の相当性を基準ないし要件とする立場に立っているものと考えられるが、不当収集証拠排除についても、これと同様の枠組みに則って判断されるべきである。すなわち、不当収集証拠排除に関する問題に即して、より具体的に表現すれば、重大な不当があり、かつ、これを証拠として許容することが、将来における不当な行為の抑制の見地からして相当でないと認められる場合に、その証拠能力は否定されることになると考えられるのである⁷²⁾。

72) なお、証拠排除によって期待される将来の外国の捜査機関の行為に対する抑止効果という点は、排除の相当性の要件、すなわち、個別具体的な利益衡量の枠組みにおいて考慮されるが、その点の考慮にあたっては、外国の捜査機関のみならず、わが国の捜査機関にも目が向けられるべきであろう。不当な証拠獲得行為は外国の捜査機関の独立した行為であるとはいえ、わが国の捜査機関による主体的な共助要請を契機として行われるものであるし(川出・前掲注41)6頁参照)、また、わが国の捜査機関としても、外国の捜査機関による共助の実施に関して具体的な配慮要請を行うことが可能だからである(酒井邦彦「国際司法共助についての考察(中)」警察公論44巻6号(1989年)61頁、塩澤・前掲注47)101-102頁、大原①・前掲注47)174頁、太田・前掲注53)157、165頁、楠智裕「実務刑事判例評釈[217]」警察公論68巻4号(2013年)94-95頁、笹倉宏紀「刑事判例研究153」論究ジュリスト4号(2013年)199頁、山内・前掲注32)7頁、山内由光「国外にある証拠の収集に関する諸問題(下)」捜査研究784号(2016年)26頁、村

三 もっとも、さらに言えば、証拠能力が否定されるのは、この場合に限られるわけではないであろう。すなわち、著しく重大な不当行為が認められる場合のように、不当収集証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合には、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整を問うことなく、あるいは論ずるまでもなく、ただちに、憲法 13 条ないし 31 条に基づき、証拠排除されることになるものと思われる。そして、このような理解からすれば、外国の捜査機関が拷問を用いて自白を獲得したという場合において、そのような証拠は排除されとの帰結を導くことが可能であろう。

上記福岡地裁平成 17 年 5 月 19 日判決は、「国際捜査共助によって得られた証拠を日本の刑事裁判において使用することが許容されなくなるのは、外国の捜査機関による証拠収集手続が、刑訴法全体の基本理念に実質的に反していると認められる場合に限られると解するのが相当である」と述べたうえで、具体的事案との関係において、本件調書等の証拠能力を肯定した。本判決は、証拠排除されるのは、外国の捜査機関による証拠収集手続が、「刑訴法全体の基本理念に実質的に反していると認められる場合に限られる」とするが、これは、結局のところ、基本的な「正義の観念」に反するといえる場合と同義であるといえよう⁷³⁾。そして、本判決は、結論として、本件調書等の証拠能力を肯定するが、本件具体的状況の下では供述の自由が侵害されたと見るべき事情がないとの評価を前提にすれば、そもそも本件調書は不当な手続によって収集・

岡啓一「国際化と捜査—弁護の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（2002 年）445 頁、東山・前掲注 52）189 頁、葛野ほか編・前掲注 7）302 頁〔伊藤陸〕参照。すなわち、その意味において、外国の捜査機関の行為に一定の影響を及ぼし得ると見られるからである。

73) 川出・前掲注 41) 6-7 頁、古江・前掲注 8) 496 頁参照。東京高判平成 29 年 9 月 21 日高刑速（平成 29 年）175 頁も参照。

獲得された証拠とはいえないのであり、それゆえ、本件調書等の証拠能力を肯定した本判決の結論は妥当であり、また当然なものであったように思われる^{74) 75)}。

なお、本判決は、証拠排除されるのは、「刑訴法全体の基本理念に実質的に反していると認められる場合に限られる」とし、重大な不当があり、かつ、これを証拠として許容することが、将来における不当な行為の抑制の見地からして相当でないと思われ、認められる場合に、その証拠能力を否定するとの基準ないし枠組みには言及していないが、そのような基準ないし枠組み自体を積極的に否定ないし排斥する趣旨とは必ずしもいえないように思われる。もっとも、このような基準ないし枠組みを前提にしたとしても、本件具体的状況の下では供述の

74) 今村・前掲注 52) 67 頁参照。なお、笹倉・前掲注 72) 197 頁、池田・前掲注 52) 191 頁も参照。

75) なお、本判決が引用する最大判平成 7 年 2 月 22 日刑集 49 卷 2 号 1 頁は、法律なしに検察官が事実上刑事免責を付与して得られた嘱託証人尋問調書の証拠能力が問題となったものである。最高裁は、「『事実の認定は、証拠による』(刑訴法 317 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 1 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ない」としたうえで、「我が国の刑訴法は、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いないものと解すべきである以上、本件嘱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」としている。我が国の刑訴法は、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いないと述べるが、そのような叙述の背後には、検察官が事実上刑事免責を付与し供述を獲得する場合において、刑事免責に関して個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整(とその結果としての具体的な要件・効果の措置)を行うことがおよそ困難であり、そのような刑事免責の下で獲得された証拠を用いる(ことによって犯人を特定して処罰する)ことはおよそ基本的な「正義の観念」に反するとして、その証拠能力を否定すべきであるとの理解が前提として存在するように思われる。

自由が侵害されたと見るべき事情がなく、したがって、本件調書は不当な手続によって収集・獲得された証拠とはいえない以上、本件調書の証拠能力が認められることには変わりがないといえよう。

第四章 おわりに

一 本章では、最後に、第二章および第三章で行われてきた検討を簡潔に総括し、それをもって、本稿の結びとしたい。

二 最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決は、最高裁として初めて、違法収集証拠排除の可能性を理論的に認め、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」（違法の重大性）と「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」（排除の相当性）がともに認められる場合に、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを示した。

それでは、違法収集証拠排除に関する根拠については、どのように理解すべきであろうか。

国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っている。最高裁は、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを認めているが、このような違法収集証拠排除の考えられないし法理は、国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられる。その意味において、違法収集証拠排除の根拠・目的は、個人の権利を保障ないし確保すること、すなわち、違法行為を抑止することに求められる。

他方で、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護すべき義務を負っており、違法収集証拠排除は、個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられる一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の義務と矛盾・抵触することから、違法収

集証拠排除は無条件・無制約に許されるわけではなく、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約に服するのであり、ここでは、違法収集証拠排除に関する基準ないし要件が問われることになる。

最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決は、「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においては、その証拠能力は否定されるものと解すべき」と述べており、違法収集証拠排除の根拠としては、将来の違法捜査を抑止しようとする違法捜査抑止論の立場に立つことを示しているが、これは本判決における具体的事案を前提にして、それに即した形での表現が示されたものと見ることができる。

そのうえで、本判決は、証拠排除の基準ないし要件として、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」（違法の重大性）と「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」（排除の相当性）を挙げている。本判決が掲げる違法の重大性という要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との一般的・類型的な調整ないし利益衡量の結果として捉えられるのに対し、排除の相当性という要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の個別具体的な調整ないし利益衡量を求める趣旨に基づくものであり、すなわち、将来の違法捜査の抑止の見地からの証拠排除の必要性和証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）必要性との個別具体的な調整ないし利益衡量を要求している。

もっとも、本判決が示した基準ないし要件以外に、違法収集証拠排除が認められる理論的可能性が存在しないわけではない。違法収集証拠排除については、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整が求められるが、著しく重大な違法行為が認められる場合のように、違法収集証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合には、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整を問うことなく、あるいは論ずるまでもなく、憲法 13 条ないし 31 条に基づき、

ただちに証拠排除されることになる。

三 捜査共助においては、わが国と相手国とでは証拠獲得のための手続・制度に違いが生じ得る。そのため、相手国の捜査機関は自国の法令に従って捜査を行うが、わが国の法令に引き直せば違法と評価されることもある。それでは、このようにわが国の法令に引き直してみると違法となるような手続によって得られた証拠の証拠能力はどのように判断されるのであろうか。

この点、違法収集証拠排除の問題として処理することも考えられるが、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決は、わが国の法令下において、捜査機関が違法な手続によって獲得した証拠の証拠能力を否定し、それによって将来の違法な捜査の再発を抑止しようとするものであって、外国の捜査機関にはわが国の法令が適用されることはなく、違法と評価されることもないので、違法収集証拠排除の問題として処理することは困難である。

このように違法収集証拠排除の問題として処理することが困難であるとする、それとは異なる判断のあり方が、別途、検討されなければならないことになる。

確かに、外国の捜査機関による証拠収集手続が、わが国の法令に引き直してみると違法となるような場合であっても、そのような外国の捜査機関による証拠収集手続にはわが国の法令が適用されない以上、違法と評価し得ない。しかしながら、このように厳密には違法な手続と評価し得ないとしても、わが国の法令に引き直せば違法となるような場合には、わが国の法令の下においても、そのような手続は違法との評価を得ずとも、少なくとも不当と評価することは可能である。そうだとすると、ここでは、結局のところ、このような不当な手続によって収集された証拠は排除されるのか、排除されるとして、いかなる場合に排除されるのか、ということが問われているものと理解することができる。

国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っているところ、このような国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として、不

当な手続によって収集・獲得された証拠を排除するということが想定される。換言すれば、個人の権利を保障ないし確保するために、つまり、不当な行為を抑止するために、不当な手続によって収集・獲得された証拠が排除されることになる。

他方で、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護すべき義務を負っており、不当な手続によって収集・獲得された証拠の排除、すなわち、いわば不当収集証拠排除は、個人の基本的な人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられる一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の義務と矛盾・抵触することから、不当収集証拠排除は無条件・無制約に許されるわけではなく、個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約に服するのであり、そこでは、不当収集証拠排除に関する基準ないし要件が問われることになる。

不当収集証拠排除の基準ないし要件については、違法収集証拠排除に関する議論に準じて、ないし即して考えられるべきである。なぜなら、そこでいう不当とは、その実質において違法と異なるものではないからである。

最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決に対する分析・検討を踏まえると、不当収集証拠排除の基準ないし要件としては、重大な不当があり、かつ、これを証拠として許容することが、将来における不当な行為の抑制の見地からして相当でないと認められる場合に、その証拠能力は否定されることになる。もっとも、証拠能力が否定されるのは、この場合に限られるわけではない。著しく重大な不当行為が認められる場合のように、不当収集証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合には、個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整を問うことなく、あるいは論ずるまでもなく、ただちに、憲法 13 条ないし 31 条に基づき、証拠排除されることになるのである。

(2022 年 12 月脱稿)