

博士論文

イギリス刑事手続における違法収集証拠

同志社大学大学院法学研究科 博士課程後期課程
公法学専攻 2012年度 1305番

笹山 文徳

<目次>

I はじめに

- 一 本稿の検討課題
- 二 本稿の検討対象
- 三 本稿の検討順序

II 違法収集証拠排除の判断基準

- 一 コモンロー時代の違法収集証拠排除
 - 1 違法収集証拠排除の起源
 - 2 違法収集証拠を許容するルールの確立
 - 3 違法収集証拠を排除するルールの創成
 - 4 違法収集証拠を排除するルールの衰退
 - 5 小括
- 二 1984年警察・刑事証拠法時代の違法収集証拠排除
 - 1 刑事手続に関する王立委員会の設置
 - 2 1984年警察・刑事証拠法制定をめぐる議論状況
 - 3 1984年警察・刑事証拠法下での判例の動向
 - 4 小括
- 三 1998年人権法（欧州人権条約）時代の違法収集証拠排除
 - 1 1998年人権法の目的および役割
 - 2 「公正な裁判を受ける権利」の保障内容
 - 3 欧州人権裁判所における判例の動向
 - 4 イギリスにおける判例の動向
 - 5 小括

III 違法収集証拠排除の根拠論

- 一 コモンロー時代の根拠論
- 二 1984年警察・刑事証拠法制定以降の根拠論
 - 1 明確な根拠論の欠如
 - 2 信用性原則
 - 3 懲罰原則
 - 4 保護原則
 - 5 廉潔性原則
 - 6 小括

IV 違法な証拠収集の手続法的効果

- 一 国家による畏の手続法的効果に関する判例の動向
 - 1 第一期 - 実体的抗弁否定の時代
 - 2 第二期 - 証拠排除の時代
 - 3 第三期 - 手続打切りの時代
- 二 国家による畏の手続法的効果をめぐる議論状況
 - 1 証拠排除と手続打切りの関係
 - 2 畏に対する手続法的効果の判断基準および根拠論
- 三 私人による畏の手続法的効果に関する判例の動向
 - 1 手続的救済の適用可能性を認めるケース
 - 2 手続的救済の適用可能性を認めないケース
- 四 私人による畏の手続法的効果をめぐる議論状況
 - 1 「私人による畏」に手続の打切りは認められるか
 - 2 「私人による畏」により獲得された証拠は排除できるか

V 違法収集証拠排除の現状と展望

- 一 イギリスにおける違法収集証拠排除の現状
 - 1 コモンロー時代
 - 2 1984年警察・刑事証拠法時代
 - 3 1998年人権法時代
 - 4 現在の規定
- 二 違法収集証拠排除の判断基準および根拠論の展望
 - 1 公正さという観点の位置づけ
 - 2 判断基準と公正さ
 - 3 根拠論と公正さ
- 三 私人による違法収集証拠排除の展望
 - 1 公正さという判断基準の柔軟性
 - 2 わが国における今後の議論の方向性

VI おわりに

I はじめに

一 本稿の検討課題

違法に獲得された証拠の証拠能力に関する問題は、刑事訴訟の重要課題のひとつであり、今日まで判例が蓄積されてきた。例えば、最判昭和 53 年 9 月 7 日¹は、違法収集証拠の証拠能力が否定される場合があることを最高裁として初めて承認した。最判平成 15 年 2 月 14 日²は、昭和 53 年判決で提示された違法収集証拠排除法則を適用し、初めて違法に獲得された証拠の証拠能力を否定した。これら判例を受け、違法収集証拠排除法則については、学界においても議論が積み重ねられてきている³。

ただし、違法収集証拠排除法則については、①判断基準、②根拠論、③手続法的効果および私人による違法収集証拠の取扱いに関して、さらなる検討課題が残されていると思われる。第一に、判断基準について、前述の昭和 53 年判決は、「違法の重大性」と「排除の相当性」という二要件を挙げているが、両者の関係を明らかにしていない。そのため、学説において、両要件を満たす必要があるとする重畳説といずれか一方のみでよいとする競合説の対立がみられる⁴。さらには、「違法の重大性」と「排除の相当性」のそれぞれの判断に際し

¹ 刑集 32 卷 6 号 1672 頁。

² 刑集 57 卷 2 号 121 頁。近年では、梱包内容のエックス線検査に係る証拠（最決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁）や GPS 捜査に係る証拠（最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁）の証拠能力に関する最高裁判例が注目に値する。

³ 違法収集証拠の証拠能力に関する著書として、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）がある。また、主要な論稿として、斉藤朔朗「証拠収集手続きの違法と証拠能力の関係」法曹時報 6 卷 9 号（1954）1 頁以下、平野龍一「証拠排除による捜査の抑制」『捜査と人権』（有斐閣、1981）112 頁以下〔初出：刑法雑誌 7 卷 1 号・2 号、1957〕、田宮裕「違法収集証拠とアメリカ連邦最高裁（1）～（3）」判例時報 286 号（1962）9694 頁以下・287 号（1962）9783 頁以下・288 号（1962）977 頁以下、松尾浩也「刑事訴訟における証拠禁止」『刑事訴訟の原理』（東京大学出版会、1974）37 頁以下〔初出：警察研究 34 卷 5 号・7 号、1963〕、光藤景皎「違法収集証拠排除の範囲（1）～（4）」判例タイムズ 23 卷 14 号（1972）47 頁以下・24 卷 4 号（1973）41 頁以下・24 卷 7 号（1973）23 頁以下・24 卷 9 号（1973）32 頁以下、松尾浩也「刑事訴訟における証拠禁止（再論）」『刑事訴訟の原理』（東京大学出版会、1974）60 頁以下〔初出：法学教室第 2 期 1 号、1973〕、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除（上）・（下）」ジュリスト 679 号（1978）45 頁以下・680 号（1978）107 頁以下、渥美東洋「排除法則の理論根拠」『刑事訴訟の現代的動向（高田卓爾博士古稀祝賀）』（三省堂、1991）205 頁、川出敏裕「いわゆる毒樹の果実論とその妥当範囲」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣、1998）513 頁以下、河村博「違法収集証拠をめぐって」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003）359 頁以下、柳川重規「判例が採用する違法収集証拠排除法則についての検討」法学新報 113 卷 11・12 号（2007）699 頁以下、大澤裕・杉田宗久「違法収集証拠の排除」法学教室 328 号（2008）65 頁以下、石川雅俊「証拠排除基準たるいわゆる『違法の重大性』に関する一考察」法学会雑誌 53 卷 2 号（2013）209 頁以下、松田岳士「違法収集証拠の証拠能力」法学教室 389 号（2013）24 頁以下、中島洋樹「違法収集証拠排除法則の現状と展望」法律時報 1069 号（2014）107 頁以下、半田靖史「違法収集証拠の証拠排除と判断基準」法学セミナー 727 号（2015）108 頁以下、川出敏裕「違法収集証拠（1）」警察学論集 68 卷 11 号（2015）134 頁以下、同「違法収集証拠（2）」警察学論集 68 卷 12 号 146 頁以下、川島健治「違法収集証拠排除法則における『違法の重大性』」関東学院法学 24 卷 3 号（2015）55 頁以下、守田智保子「排除法則と刑事訴訟のモデル」筑波法政 62 号（2015）15 頁以下、中野目善則「違法排除法理の展開における違法認定と証拠排除」中央ロージャーナル 48 号（2016）3 頁以下、水野智幸「違法収集証拠」法学教室 435 号（2016）36 頁以下、丸橋昌太郎「違法収集証拠排除法則の根拠論について」法学新報 123 卷 9・10 号（2017）359 頁以下、斎藤司「違法収集証拠排除法則の思考プロセスとその活用」法学セミナー 63 卷 2 号（2018）110 頁以下などがある。

⁴ 文言を素直に読めば、判例は、重畳説的な考え方に立つものであるといえ、違法の重大性があれば、そ

て、どのような要素を具体的に考慮すべきかについても明確にはされていない。第二に、根拠論について、判断基準の不明確さにも起因する問題であるが、「違法の重大性」と「排除の相当性」という二つの要件がなぜ導き出されるのか、すなわち、違法収集証拠排除法則がどのような根拠論によって支えられているのかを判例は明示してこなかった。学説においては、「違法の重大性」は司法の廉潔性から、「排除の相当性」は違法捜査抑止から導かれたものであるとの見解が多数を占めているものの、その他の見解も唱えられており、決着をみるには至っていない。第三に、その他の諸問題として、まず、違法収集証拠に対する手続法的効果は、主に証拠排除が導かれると解されているが、その他にどのような法的効果が導かれるのかという問題がある。次に、証拠収集の主体として、一般的に捜査機関が念頭に置かれてきたが、私人が違法な証拠収集活動を行った場合に、証拠排除等は適用されるのかという問題も残されている。特に、後者の問題をめぐっては、刑事訴訟法が国家機関を名宛人としており、私人の行為を刑事訴訟法によって規律するものとしてこなかったためにこれまで検討が十分になされてこなかった。私人の行為が刑事訴訟法の名宛人となっていないからといっても、実体法上は違法となる行為によって獲得された証拠を検察官が証拠として使用するのには許されるか検討する必要がある。

二 本稿の検討対象

こうした違法収集証拠排除をめぐる課題を検討するにあたって、イギリス（イングランドおよびウェールズ）における違法収集証拠排除論を比較対象として取り上げたい⁵。なぜなら、イギリスの刑事訴訟法は、わが国の刑事訴訟法のモデルとなったアメリカ合衆国の刑事訴訟法の起源であるだけでなく、違法収集証拠排除に関する規定を1984年まで明文化せず、わが国と同様に裁判官の裁量に委ねていた。また、1984年警察・刑事証拠法において「不公正な証拠の排除」の規定が置かれた後も、通信傍受や室内会話秘聴といったわが国で導

れだけで排除相当性については深く立ち入らず、証拠排除を認めており、メルクマールを違法の重大性に置いているとする理解が一般的である。しかし、このような理解について、重畳説からは、違法が重大であっても、たまさかの違法のケースは証拠が排除されないはずであるとの批判や、逆に、競合説からは、違法が軽微であっても、多数回繰り返される違法のケースであれば、証拠が排除される余地があるという批判が加えられている。このように、違法の重大性と排除の相当性という両者の関係をいかに捉えるかによっては、証拠が排除されるかどうかの結論も変わり得るのであり、その点で重要な問題といえる。

⁵ イギリスにおける証拠排除に関する邦語文献として、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）65～66頁、同328～338頁、同502～517頁、村瀬鎮雄「違法な捜索押収により得られた証拠の許容について」判例タイムズ84号（1958）827頁以下、本吉邦夫「違法収集証拠 - イングランドの場合」『現代実務法の課題』（有信堂、1974）259頁以下、島倉隆「イギリス刑事法における証拠排除」『刑事法学の現代的展開（上巻）刑法編・刑事訴訟法編』（法学書院、1992）482頁以下、稲田隆司「イギリスにおける裁量による不公正証拠の排除」『罪と罰・非情にして人間的なるもの』（信山社、2005）209頁以下、丸橋昌太郎「排除法則による違法捜査抑制のメカニズム」法学会雑誌（東京都立大学）45巻2号（2005）367頁以下、小浦美保「イギリスの警察および刑事証拠法78条による証拠排除」法学論叢（岡山商科大学）19号（2011）31頁以下、同「イギリスにおける証拠排除と手続法違反」法学論叢（岡山商科大学）20号（2012）1頁以下、同「飲酒運転事例と証拠排除」法政理論45巻4号（2013）162頁以下、同「イギリスにおける不公正証拠排除と『重大かつ実質的な違法』の基準」法学論叢（岡山商科大学）22号1頁以下、同「イギリスにおける不公正証拠排除と『抑止』の理論」法学論叢（岡山商科大学）23号1頁以下などがある。

入・対象範囲拡大が検討されている新たな捜査手法により獲得された証拠の許容性に関する多数の裁判例が蓄積されている。近年では、1998年人権法により欧州人権条約が国内法化されたことに伴い、違法収集証拠排除をめぐる議論が活発化しており、注目に値する。とりわけ、イギリスにおいては、アイルランドの独立闘争（IRA）をめぐる、国家の安全保障と被疑者の権利保障という相反する利益の調整が長きにわたって議論されてきたのである。これらの過程で展開された議論状況を精査することは、わが国の違法収集証拠排除法則の根拠論を考察する上でも、有益であるといつてよい。なぜなら、イギリスにおける議論のなかでは、適切な違法収集証拠排除の判断基準をその根拠論から導き出そうとする絶え間ない努力が繰り返されてきたからである。

さらに、違法収集証拠排除の諸問題に関しても、イギリスでは、古くから私人訴追制度が存在していたこともあってか、私人が違法に獲得した証拠、特に私人による罾によって獲得された証拠の取扱いに関する議論が活況を呈しており、判例の蓄積もみられる。そこでは、罾から生じる法的効果として、証拠排除か手続の打切りか、どちらが妥当な解決策かという議論が行われており、この点も参照する意義は小さくない。

三 本稿の検討順序

こうした検討課題および検討対象をもとに、次章では、イギリスの違法収集証拠排除の展開を①コモンロー時代、②1984年警察・刑事証拠法時代、③1998年人権法時代の三期に分けて、検討する。まず、18・19世紀のコモンローにおける違法収集証拠に関する判例の展開を概観し、どのような点に着目して証拠排除が検討されていたかを明らかとしたい。次に、1984年警察・刑事証拠法78条において「不公正な証拠の排除」が法制化された経緯と同法下の判例の動向を整理する。続いて、1998年人権法によりイギリス国内への法的強制力を持つ欧州人権条約6条で保障される「公正な裁判を受ける権利」について概観し、欧州人権裁判所での違法収集証拠に関する判例を整理した上で、それらがイギリス裁判所の判断にどのような影響を与えたのかについて、把握したい。

第3章では、イギリスの違法収集証拠排除の根拠論について、①コモンロー時代、②1984年警察・刑事証拠法以降の時代の二期に分けて、検討する。そこでは、①信用性原則、②懲罰原則、③保護原則、④廉潔性原則の4原則を挙げ、各原則が違法収集証拠を排除する根拠をいかなる点に求めているのかについて、明らかにしたい。

第4章では、証拠収集活動の主体に着目し、①国家による罾の手続法的効果、②私人による罾の手続法的効果に分けて検討を加える。まず、イギリスにおける国家による罾に関する議論の動向を概観し、国家による罾に対する手続法的効果として導かれる手続の打切り・証拠排除が、どのような根拠および基準によって判断されているのかを紹介する。次に、イギリスにおける私人による罾をめぐる議論の展開を紹介し、手続の打切り・証拠排除の判断基準を私人による罾の場合に当てはめてみると、いかなる帰結が導き出されるのか、学説の動向に目を向ける。

以上の考察をふまえ、第 5 章では、違法収集証拠をめぐるわが国における今後の議論の方向性について、①違法収集証拠排除の判断基準、②違法収集証拠排除の根拠論、③違法収集証拠排除の諸問題に分けて、それぞれ若干の検討を加えることにしたい。

II 違法収集証拠排除の判断基準

一 コモンロー時代の違法収集証拠排除

1 違法収集証拠排除の起源

(1) 証拠排除が初めて検討された事例

(a)ジョーダン・ケース高等法院王座裁判所判決 19 世紀以前に、いわゆる「違法収集証拠排除⁶」に検討を加えた判決は、1 件のみであった⁷。すなわち、イギリスにおける違法収集証拠排除の起源は、民事裁判ではあるが、1740 年のジョーダン・ケース高等法院王座裁判所判決⁸に求めることができる⁹。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁰。原告は、共犯者とともに、ロンドンの中央刑事裁判所 (the Old Bailey) において、約束手形を偽造した罪で起訴されたが、後に無罪となった者である。そして、原告は、証告を理由とした損害賠償請求訴訟である本件において、証拠として起訴状謄本および無罪判決の謄本を提出した。ところが、これら謄本は、中央刑事裁判所が共犯者のみに所持することを許可し、原告が所持することを禁じていたものであった¹¹。そのため、原告が正当な権限なく獲得したものであるとして、謄本の証拠としての許容性が問題とされた。

これに対して、高等法院王座裁判所は、「起訴状の謄本を証拠とするには命令が必要ではないため、原告に起訴状の謄本を読むことを拒むことはできないし、裁判所はそれがどのよ

⁶ 証拠収集過程の「違法」については、日本やアメリカとは異なり、イギリスにおいて、次のように分類できる。「不法に (irregularly)」獲得された証拠は、実定法の規定に反する方法であったか否かという基準によって、大きく二つの類型に分けられる。①法的な要請には適合しているが、道徳や倫理原則に反する方法で獲得された場合が、「不公正に (unfairly)」獲得された証拠であり、②道徳や倫理原則に反したか否かに関わらず、法的な権利または特権に反する方法で獲得された場合が、「不適切に (improperly)」獲得された証拠である。本稿では、このような不法 (不公正・不適切) に獲得された証拠についても、いわゆる「違法収集証拠」として扱っている。

⁷ Donald E. Wilkes Jr., "A Critique of Two Arguments against the Exclusionary Rule: The Historical Error and the Comparative Myth" (1975), 32 Washington and Lee Law Review 881, at p.886. <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/383/>

⁸ *Jordan v. Lewis*, [1740] 93 Eng. Rep. 1072. ジョーダン・ケース高等法院王座裁判所判決を紹介した邦語文献として、井上・前掲注 (3) 328 頁。

⁹ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at p.886.

¹⁰ *Jordan v. Lewis*, [1740] 93 Eng. Rep. 1072.

¹¹ Thomas Starkie, *A treatise on the law of slander and libel and incidentally of malicious prosecutions* (1830) at pp. 67-68. <https://archive.org/details/slanderlibelinci00star>

当時のイギリスにおいて、事前に被疑者に起訴状が渡ると、裁判が遅延するように妨害が行われる例が見られたため、一定の犯罪については、裁判官が命令を下すまで、起訴状を被疑者に渡してはいけないとされていた。

うな手法で獲得されたかについて、問題にすることはできない¹²」と判示し、提出された謄本の証拠としての許容性を認めた。また、裁判長は、当該証拠が謄本そのものであって、「起訴状の謄本を提出するために作成されたのではない¹³」ことも証拠の許容性が認められる理由として挙げた。

本件において、高等法院王座裁判所は、証拠がどのように獲得されたかは考慮していない。また、裁判長が理由として挙げた「証拠として使用するために作成されたものではない」という点は、その証拠が虚偽を含む可能性が低いことを意味するものであると解することもでき、証拠としての信用性の高さを重視して許容性を認めたものといえよう。

(b) アタベリー・ケース貴族院判決 イギリスでは、違法収集証拠排除の起源として、1723年のアタベリー・ケース貴族院判決¹⁴が挙げられることがある¹⁵。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁶。ロチェスターの司祭であったアタベリーは、国王であるジョージ1世に対する反逆の謀議に関わったとして、18世紀の刑罰手続法（bill of pains and penalties proceeding）に基づき、免職・資格剥奪・流刑の言い渡しを受けた。その証拠収集過程において、捜査官らによって、違法かつ強制的な身体・所持品に対する捜索が行われていた。

このように本件は一見すると、違法収集証拠の許容性が問題になる事案のようにも思えるが、本判決を違法収集証拠の使用を認めたリーディングケースと解することは、①証拠の許容性が争点とされておらず、そのためその点についての判断も示されていないこと¹⁷、②政治的な特殊事例であること¹⁸、により妥当ではない¹⁹。

このように、違法収集証拠の使用を認めるルールの起源はジョーダン・ケース高等法院王

¹² *Jordan v. Lewis*, [1740] 93 Eng. Rep. 1072, 1072-1073.

¹³ *Jordan v. Lewis*, [1740] 93 Eng. Rep. 1072, 1073.

¹⁴ *Proceedings as to Atterbury*, [1723] 16 How. St. Tr. 490.

<http://www.constitution.org/trials/howell/16_howells_state_trials.pdf>

¹⁵ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at pp. 886-890.

¹⁶ *Proceedings as to Atterbury*, [1723] 16 How. St. Tr. 490

¹⁷ 『貴族院による法律手続に関する報告書（The report of the proceedings on the bill in the House of Lords）』は、アタベリー・ケース貴族院判決において、不当な手段によって獲得された証拠の許容性が争点とはされていなかったとしている。すなわち、本件において、被告人は、逮捕後に、貴族院に対して、陳述書を提出したが、そこで展開されたのは無令状の捜索・押収に対する抗議であって、違法に獲得された証拠の排除を求める内容ではなかったのである（*Proceedings as to Atterbury*, [1723] 16 How. St. Tr. 490, 490-494.）。

¹⁸ 本件で、証拠法に関する重要な規則への故意の違反を生じさせたのは、政治的な意図による起訴であり、これを通常の事案も含めた先例として扱うことは妥当でない。本判決では、通常は反逆事件に適用される複数証人ルール（一人の証人による証言のみに基づいて、有罪判決が下されてはならないとする規則）を回避する目的で制定された刑罰手続法が適用されている。したがって、たとえ、本判決を違法に獲得された証拠に関する判例であると把握したとしても、それが一般的な法則の定立にどれだけ影響を及ぼすものであるかという点には疑問が残るのである。

¹⁹ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at pp. 888-889. なお、イギリスにおける違法に獲得された証拠の許容性に関する多くの文献（J. D. Heydon, “Illegally Obtained Evidence (1)” (1973) *Crimi. L. R.* at p. 603; G. Williams, “Evidence Obtained by Illegal Means” (1955) *Crimi. L. R.* at p. 339.）が、排除法則の起源として本判決に言及していない。

座裁判所判決であるとするのが妥当であり²⁰、アタベリー・ケース貴族院判決は特殊な事例であったと位置付けるべきであろう。

(2) 刑事裁判における証拠排除の不存在

当時、違法収集証拠の排除が刑事裁判において正面から争われることがなかったことをもって、そのような証拠を常に許容する慣行が存在していたといえるであろうか。そのことから、直ちに、刑事裁判では違法に獲得された証拠が常に許容されていたと結論付けることはできないと思われる²¹。なぜなら、捜査権限の違法な行使による証拠の獲得という観点からは、単にそのような問題が生じることがなかったに過ぎないという可能性も残るからである。現に、そうした可能性を否定できない根拠として、例えば、次の点を挙げることができる²²。

1829年以前のイギリスには、国家的な警察組織がなく、非専門家による警備活動のみが存在し、捜査権限の行使も限定的であった²³。また、1829年のロンドン警視庁（スコットランドヤード）の設置を嚆矢として、公の警察組織が各地にも設置されるようになったといえども、警察官には市民を越える権限は与えられず、市民の好意で武装している特別な権限のない存在、いわば、「制服を着た市民（citizen in uniform）」にすぎないと考えられていたのである²⁴。すなわち、18世紀のイギリスにおいて、公権力の行使としての捜査という概念は乏しく、市民からの信任を受けた一市民が犯罪の取り締まりを行うということが想定されていたのであろう²⁵。

このように、捜査権限の行使が限定的であったことから、捜査によるプライバシー侵害という問題が表面化することはなかった。その結果、19世紀を迎えるまでの刑事裁判において、違法収集証拠排除が争点とされることはなく、ごく稀に民事裁判において主張されるにとどまっていたと考えられる。

(3) 民事裁判における違法収集証拠の許容

19世紀に入り、民事裁判において違法収集証拠排除に関する問題が取り上げられるケー

²⁰ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at p. 890.

²¹ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at p. 886.

²² *Ibid.*

²³ 瀬川晃「犯罪予防時代におけるプライベート・セキュリティの発展とわが国の警備業」同志社法学 344号（2010）1頁以下は、イギリスにおける警備活動に関して、歴史的に市民自身による犯罪予防の意識が高く、「犯罪者を発見した市民に、これを大声で周囲に知らせる義務を、その声を耳にした市民にすべてにおいて犯罪者の逮捕に協力する義務を課す『叫喚追跡（hue and cry）』を基本とした犯罪取締り手法も市民自身による犯罪の取締りの典型例」であるとする。小池滋『ロンドン・ほんの百年前の物語』（中公新書、1978）141頁、同『ロンドン・世界の都市の物語』（文春文庫、1999）84～87頁参照。

²⁴ Robert Reiner, “The Organization and Accountability of the Police”, McConville/ Wilson, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (2002) at p. 23; Steve Uglow, *Criminal Justice* (2002) at p. 119.

²⁵ ただし、前述のアタベリー・ケースのように、国王に対する反逆罪に関しては、公権力の行使という意味での捜査が行われていたとも考えられる。それは、市民に対する犯罪ではなく、国王に対する犯罪という点で、異なるためである。

すは、以前より増加したが、依然としてごく稀なものにとどまっていた。19世紀に民事裁判において、違法収集証拠の排除が争われた主な事案は、整理すると、「起訴状謄本型」、「特権証書型」および「破産委員調書型」の三類型に分けることができる²⁶。①起訴状謄本型とは、誣告行為に関連して、裁判所による許可を欠いて獲得された起訴状謄本の証拠としての許容性が争われたケースである²⁷。②特権証書型とは、不適切に獲得された特権証書（privileged documents）の写しの証拠としての許容性が争われたケースである²⁸。③破産委員調書型とは、破産委員が不適切に破産者に対して聴取した供述書の証拠としての許容性が争われたケース²⁹である。また、その他の不適切な手法で獲得された証拠の許容性が争われたケースもいくつか見られる³⁰。

これらいずれのケースも、当該証拠の許容性が認められており、19世紀の民事裁判においては、証拠の信用性の観点が重視され、違法収集証拠であっても許容されるというルールが確立されていたことがわかる。さらに、イギリスにおける違法収集証拠排除の起源が民事裁判にあるということは、現在のイギリスにおける違法収集証拠排除の判断基準および根拠を検討する上でも、注目に値する。というのも、民事裁判では違法捜査抑止の観点を考慮する余地はなかったと解されるからである。

2 違法収集証拠を許容するルールの確立

（1） 刑事裁判において証拠排除につき初めて検討された事例

刑事裁判において、違法収集証拠排除が争点とされたのは、1826年のデリントン・ケース巡回裁判所判決³¹からであった。

本件の事実概要は、次の通りである³²。住居侵入窃盗罪で留置されていた被留置者は、留置官に対して、手紙をポストに投函してくれるように依頼し、留置官はこれに応じた。その後、被留置者は父に宛てた手紙を留置官に手渡したが、留置官はそれをポストに投函せず、留置施設を訪れた治安判事に渡し、治安判事はこれを訴追官に送付した。

公判において、訴追官はこの手紙を証拠として提出したが、弁護側は次のように異議を申し立てた³³。すなわち、被留置者が父に宛てた手紙は、重大な信任義務違反によって獲得されたものであり、脅迫もしくは約束により自白が得られた場合に証拠が排除されるのと同様に、証拠としての許容性は否定されるべきである。

これに対して、巡回裁判所は、本件手紙の証拠としての許容性を認め、次のように判示し

²⁶ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at p. 887; J. D. Heydon, op. cit. n. 19, at p. 603.

²⁷ *Legatt v. Tollervey*, [1811] 104 Eng. Rep. 617; *Caddy v. Barlow*, [1827] 1 MAN & Ry. 275.

²⁸ *Lloyd v. Mostyn*, [1842] 152 Eng. Rep. 558; *Calcraft v. Guest*, [1898] 1 Q.B. 79.

²⁹ *Smith v. Beadnell*, [1807] 170 Eng. Rep. 865; *Stockfleth v. DeTastet*, [1814] 171 Eng. Rep. 4; *Robson v. Alexander*, [1828] 1 Moo. & P. 448.

³⁰ *Sowell v. Champion*, [1838] 112 Eng. Rep. 156; *Doe v. Date*, [1842] 114 Eng. Rep. 641; *Phelps v. Prew*, [1854] 118 Eng. Rep. 1203.

³¹ *Rex v. Derrington*, [1826] 172 Eng. Rep. 189. デリントン・ケース巡回陪審裁判所判決を紹介した邦語文献として、井上・前掲注(3) 333頁、本吉・前掲注(5) 270頁。

³² *Rex v. Derrington*, [1826] 172 Eng. Rep. 189.

³³ *Rex v. Derrington*, [1826] 172 Eng. Rep. 189.

た³⁴。「被留置者の供述および供述調書が証拠として許容されないケースは、二つに限られる。①検察官による影響で、自白するように導かれたケース（自白するように誘導するために、脅迫も加えること、もしくは、約束をすること）。②会話が秘密特権に該当する、すなわち、その供述が弁護人に対してなされたケース。本件はこのどちらのケースでもない」。

本件は、身体的な侵害ではなく、信任義務違反行為によって獲得された被告人に不利な手紙が証拠としての許容性を有するかに関する問題であり、違法に獲得された物的証拠の許容性に関する一般的見解を示したものではないと評価されている³⁵。本件において、その手紙はすでに書かれており、留置官の影響によって自白が導き出されたものではないことを根拠に証拠が許容されていることから、証拠の作成過程および証拠の信用性を重視するものと評価することができよう。

（２） 刑事裁判における違法収集証拠の許容

(a) リーサム・ケース 高等法院女王座裁判所判決 コモンロー上の違法収集証拠排除のルールについて、より明確に言及したのが、1861年のリーザム・ケース 高等法院女王座裁判所判決³⁶であった。

本件の事実概要は、次の通りである³⁷。被告人は、1859年5月に行われたウェークフィールドでの議員選挙をめぐる汚職事件につき、1852年選挙管理委員会法（Election Commissioners Act 1852）に基づいて、選挙管理委員会による取調べを受けた。その際、選挙委員会は、不適切な方法で供述を獲得し、それを手がかりに、犯罪を証明する文書を発見した。弁護人は、この文書の証拠としての許容性は認められないと主張した。

この点について、本判決では「被告人の文書は、彼が取調べを受け供述をする前には、証拠ではなかった。その存在は知られていなかったし、同法によらなければ知ることができなかったのである。その存在は被告人の取調べによって発見された³⁸」として、証拠として使用することに否定的な見解を述べる裁判官もいた。

しかし、「問題となっている文書は委員会への供述に先立って書かれており、その供述に先立って存在していた」という点や、「もし、脅迫および約束によって、許容できない殺人の自白が獲得されたが、さらに犯罪を告白する文書が存在する場所や殺害された者が隠されている場所の手がかりも獲得されたと仮定すると、殺人犯から証拠の第一の手がかりを得たことを理由に、後者の証拠を使用してはいけないというのであろうか。それをどのように獲得したかは問題ではなく、たとえ、それが盗まれたものであったとしても、その証拠の証拠能力は認められるであろう」という点を根拠に証拠としての使用に肯定的な見解が多

³⁴ *Rex v. Derrington*, [1826] 172 Eng. Rep. 189.

³⁵ Donald E. Wilkes Jr, *op. cit.* n. 7, at p. 890.

³⁶ *Reg. v. Leatham*, [1861] 8 Cox C. C. 498. リーザム・ケース 高等法院女王座裁判所判決を紹介した邦語文献として、井上・前掲注(3) 328頁、本吉・前掲注(5) 269頁、小浦美保「イギリスにおける証拠排除と手続法違反」法学論叢（岡山商科大学）20号（2012）4頁。

³⁷ *Reg. v. Leatham*, [1861] 8 Cox C. C. 498, 498-499.

³⁸ *Reg. v. Leatham*, [1861] 8 Cox C. C. 498, 501.

数を占めた³⁹。結局、弁護人の主張は斥けられ、証拠として許容された。

本件は、違法に獲得された物的証拠の許容性が直接問題となったものではなく、違法に獲得された自白を手掛かりとして、犯罪を証明する他の物的証拠が得られたという派生証拠の許容性が争われたものであったが、今日では19世紀の刑事裁判におけるコモンローの違法収集証拠排除の原則を端的に示した判例として位置付けられている。そこでは、派生証拠について、違法な取調べをきっかけに発見された物的証拠を排除すべきとの興味深い意見があるものの、全体としては、これまでの判例と同様に、当該証拠がどのように作成されたかという点に着目し、当該証拠の信用性が高いとして許容性の判断を行っていた。民事裁判と同様に、刑事裁判においても、証拠の獲得手法が証拠としての許容性に影響を与えないことを明示した点に本判決の意義がある。

(b) ジョーンズ・ケース高等法院女王座裁判所判決 刑事裁判において初めて証拠排除が論じられたデリントン・ケース巡回裁判所判決の約半世紀後、証拠排除に関する一般的な判断を示したのが、1870年のジョーンズ・ケース女王座裁判所判決⁴⁰であった⁴¹。

本件の事実概要は、次の通りである⁴²。被告人は、警察官の違法な身体検査によって、ポケットの中に25匹の鮭の稚魚を隠し持っていることを発見され、その結果、1861年鮭漁業法(The salmon Fishery Act 1861)における不法所持の罪で逮捕された。被告人は、権限のない者による身体検査によって本件証拠が獲得されたため、当該証拠の証拠能力は認められないと主張した。

高等法院女王座裁判所は、「証拠は、許容することができるし、被告人が鮭の稚魚を所持していたことの決定的な証明となる」と被告人側の主張を斥け、有罪判決を下した⁴³。また、メロー判事は「もし仮に、違法な手法によって証拠が獲得されたことを根拠に、被告人に対してその証拠を使用することができないとすれば、それは司法にとって危険な障害となるであろうと考える」との意見を付した⁴⁴。

このメロー判事の意見は、真実発見に重点を置いた表現になっており、このことから証拠の信用性に問題がなければ、証拠を排除しないというルールが貫かれていることがわかる。ここで、違法に獲得された証拠であっても、信用性の観点から、これを許容するという民事裁判におけるルールが、刑事裁判においても一般的に承認されていることが明らかと

³⁹ *Reg. v. Leatham*, [1861] 8 Cox C. C. 498, 501.

⁴⁰ *Jones v. Owens*, [1870] 34 J. P. 759. ジョーンズ・ケース高等法院女王座裁判所判決を紹介した邦語文献として、井上・前掲注(3) 328頁、島倉隆「イギリス刑事法における証拠排除」『刑事法学の現代的展開(上巻) 刑法編・刑事訴訟法編』(法学書院、1992) 482頁、稲田隆司「イギリスにおける裁量による不公正証拠の排除」『罪と罰・非情にして人間的なるもの』(信山社、2005) 212頁、小浦・前掲注(36) 4頁。

⁴¹ 本件が1995年(後述のクルマケース判決)以前に、違法に獲得された証拠の許容性に関する問題を取り扱った唯一の判決であるとの理解もある(G. Williams, op. cit. n. 14, at pp. 343-344.)。

⁴² *Jones v. Owens*, [1870] 34 J. P. 759, 759-760.

⁴³ *Jones v. Owens*, [1870] 34 J. P. 759, 759.

⁴⁴ *Jones v. Owens*, [1870] 34 J. P. 759, 760.

された。

(3) 刑事裁判における証拠排除の停滞

19世紀に入っても、証拠排除が争われる事例が、依然として少なかったのは、法律を制定するための議会の権限を制限すること、および、法律を執行するための行政の権限を制限することを目的とした成文憲法が存在しなかったためであるとの指摘もなされている⁴⁵。つまり、議員立法であるイギリスにおいては、成文憲法によってプライバシーを保障することが定められなければ、法律においてプライバシーを保護するという発想も生まれない⁴⁶。言い換えれば、もし違法な捜査等からの自由という権利を保障する憲法上の規定がなければ、手続法的にそのような権利を保護するという法制度も議会の中からは生まれえないということである。

1870年のジョーンズ・ケース高等法院女王座裁判所判決から次節で取り扱う1955年のクルマ・ケース枢密院司法委員会判決までの間、違法収集証拠排除に関する判例は登場しないが、その間における他の証拠排除法則の展開に目を向けてみたい。20世紀の初頭には、徐々にいくつかのタイプの証拠排除裁量が発展してきている⁴⁷。それが、「悪性格証拠(character evidence)⁴⁸」、「不利益な事実の承認(admissions)⁴⁹」および「類似証拠(similar act evidence)⁵⁰」である⁵¹。これらの三つのタイプの証拠を許容すれば、陪審員が不公正な先入観を抱くであろうという証拠法上の証明力の観点より、証拠が排除されるべきであるとしていたのである⁵²。ただし、これらはプライバシー侵害などを保護するというような証拠収集過程の適正化に着目したのではなく、事実認定の適正化の観点からの排除にとどまっていたといつてよい⁵³。

3 違法収集証拠を排除するルールの創成

(1) 裁判官による裁量的証拠排除の起源

(a)クルマ・ケース枢密院司法委員会判決 「違法に獲得された証拠であっても許容

⁴⁵ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at p. 891; W. Jennings, *The Law And The Constitution* (5th ed, 1959), at pp. 259-79. See also A. Dicey, *Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution* (10th ed. 1965).

⁴⁶ Donald E. Wilkes Jr, op. cit. n. 7, at p. 891.

⁴⁷ William R. Baldiga, “Excluding Evidence to Protect Rights: Principles Underlying the Exclusionary Rule in England and the United States”, 6 B. C. Int’l & Comp. L. Rev. 133 (1983), at pp 133. <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol6/iss1/5>>

⁴⁸ *R. v. Watson*, 8 Crim. App. 244 (1913).

⁴⁹ *R. v. Christie*, [1914] A. C. 545.

⁵⁰ *Noor Mohamed v. R.*, [1949] A. C. 182; *Harris v. D. P. P.*, [1952] A. C. 694.

⁵¹ William R. Baldiga, op. cit. n. 42, at p. 137.

⁵² *R. v. Sang*, [1980] A. C. 402, 434-437.

⁵³ イギリスでは、刑事訴追は国王による訴追であるとされ、国王の名によって行われる。そのため、当時の証拠排除に関しても、捜査対象者のプライバシーを侵害することが問題視されていたわけではなく、事実認定を誤ることによって、国王の名によって行われる刑事裁判の公正さが失われることが問題とされていたと思われる。

されうる」という 19 世紀に確立された証拠排除のルールは、20 世紀半ばには修正を迫られ、裁判官による裁量的な証拠排除の可能性が判例においても認められるようになった。その嚆矢となったのが、1955 年のクルマ・ケース枢密院司法委員会判決⁵⁴である。

本件の事実概要は、次の通りである⁵⁵。当時、イギリスの植民地であったケニアにおいて、被告人は自転車で走行中に警察官によって職務質問および身体検査を受けた。その結果として、被告人のズボンのポケットから、ナイフと 2 発の銃弾が発見され、逮捕・起訴された⁵⁶。しかし、その際の職務質問は、権限を有しない警察官によって行われていた⁵⁷。

そこで、被告人は、本件証拠は違法に獲得されたものであり、証拠としての許容性が否定されるべきであると主張した。被告人は、第一審のナイロビ緊急巡回裁判所において有罪判決を受け、第二審の東アフリカ控訴裁判所においても控訴を棄却された。

これに対し、枢密院は、本件証拠が違法に獲得されたものであることを認めつつも、その証拠としての許容性を認め、次のように判断を下した⁵⁸。「証拠が許容されるかどうかについての考慮にあたり使用されるテストは、証拠が争点となっている事柄との関連性を有するかかどうかというものである。もし、その証拠が関連性を有するものであれば、証拠としての許容性を有し、裁判所はその証拠がどのようにして獲得されたかには関心を持たない」。

一方では、次のように述べ、裁判官による裁量的な証拠排除の可能性について言及した⁵⁹。「刑事裁判において、もし許容性の厳格な原則が、被告人に対して不公正に影響を及ぼす場合には、裁判官は証拠を許容しないという裁量を常に有していることに疑いはない。……もし、例えば書証 (document) といった何らかの証拠の告白 (admission) が欺罔によって被疑者から獲得された場合には、裁判官はその証拠を排除するであろうことにも疑いはないであろう」。

(b)カリス・ケース高等法院女王座裁判所判決　クルマ・ケース判決で示された裁量的証拠排除の具体的な適用範囲を明らかにしたのがカリス・ケース高等法院女王座裁判所判決⁶⁰である。

本件の事実概要は、次の通りである⁶¹。被告人は、7 ポンドを盗んだとして 1916 年窃盗

⁵⁴ *Kuruma v. The Queen*, [1955] AC 197. クルマ・ケース枢密院判決について紹介した邦語文献として、井上・前掲注 (3) 329 頁、本吉・前掲注 (5) 273 頁、島倉・前掲注 (5) 483 頁、稲田・前掲注 (5) 212 頁、丸橋昌太郎「排除法則による違法捜査抑制のメカニズム」法学会雑誌 (東京都立大学) 45 巻 2 号 (2005) 372 頁、小浦美保「イギリスの警察および刑事証拠法 78 条による証拠排除」法学論叢 (岡山商科大学) 19 号 (2011) 33 頁、小浦・前掲注 (36) 4 頁。

⁵⁵ *Kuruma v. The Queen*, [1955] AC 197, 198..

⁵⁶ ケニア有事規制 8 条 A は、適法な権限もしくは理由なく銃器を有していた者は、銃器の所持についての立証責任を負うと定めていた。

⁵⁷ 同有事規制 29 条は、警部補もしくはそれ以上の階級の警察官は、有事規則違反行為に関する証拠が発見されると思料するときは、搜索、差押えをすることができると定めていた。

⁵⁸ *Kuruma v. The Queen*, [1955] AC 197, 203.

⁵⁹ *Kuruma v. The Queen*, [1955] AC 197, 204.

⁶⁰ *Callis v. Gunn*, [1964] 1 Q. B. 495.

⁶¹ *Callis v. Gunn*, [1964] 1 Q. B. 495, 496-498..

法に基づいて、逮捕・起訴された。留置場にいる間に、被告人は指紋の採取を求められ、それに応じた。しかし、その際、被告人は、「指紋採取を拒否することもできるし、もし応じた場合にはそれが証拠として使用されることがある」旨の警告を受けなかった。原審の裁判所は、指紋を証拠として許容せず、その他の証拠では十分な立証がなされているとはいえないとして、被告人に無罪を言い渡した。

これに対して訴追官の控訴を受けた高等法院女王座裁判所は、結論として、証拠としての許容性を認め、以下のように判示した⁶²。すなわち、「証拠の許容が、被告人に対して不公正に作用するかどうかの考慮にあたっては、その証拠が強制により、もしくは被疑者の意思に反して、圧迫的な手法で獲得されたかどうかを必ず検討されるであろう」。そして、具体的には、「誤った説明によって、欺罔によって、脅迫によって、あるいは賄賂によって」証拠が獲得された場合に、裁判官は裁量権を行使して、証拠排除することが可能であると述べた。

(c)ジェフリー・ケース高等法院女王座裁判所判決 前述のクルマ・ケース枢密院司法委員会判決で初めて認められた裁量的排除がその後どのように理解されていたかを示す代表的なものとして1977年のジェフリー・ケース高等法院女王裁判所判決⁶³を挙げるができる。

本件の事実概要は、次の通りである⁶⁴。被告人は、パブからサンドウィッチを盗んだ疑いで、麻薬捜査官らによって無令状逮捕された。それに引き続き、麻薬捜査官らは、被告人に住居を捜索する旨を伝え、捜索に着手した。その結果、大麻および大麻樹脂が発見され、被告人は1971年薬物乱用法に違反したとして、薬物所持の罪で逮捕・起訴された。ここでは、①適法になされた無令状逮捕に引き続いて、被告人の住居を捜索することが許されるか、②許されないとすれば、それによって獲得された証拠の許容性は認められるか、の二点が争われた。

第一の点につき、裁判所は、警察が捜索令状もしくは被告人の同意を得る必要があると判示し、本件においては、そのいずれも存在しなかったため、捜索は違法であったと結論付けた。その上で、第二の点につき、証拠の許容性を認め、以下のように判示した⁶⁵。裁判官の裁量によって証拠が排除されるのは、「警察官が権限なく立ち入ったというだけでなく、彼らが欺罔を用いたとか、相手を誤導したとか、圧迫したとか、不公正であったとか、その他の点で道徳的に非難されるべき態様で行動したような場合」である。ただし、そのように証拠が排除されるのは「極めて例外的な状況」であり、「証拠が捜索令状を持たない警察官によって獲得されたという単なる事実は、証拠を排除するための裁判官の裁量権を行使することを正当化するには不十分である」。

⁶² *Callis v. Gunn*, [1964] 1 Q. B. 495, 501.

⁶³ *Jeffery v. Black*, [1978] 1 All ER 555. ジェフリー・ケース高等法院女王裁判所判決を紹介した邦語文献として、井上・前掲注(3) 503頁、島倉・前掲注(5) 483頁、稲田・前掲注(5) 212頁、小浦・前掲注(35) 33頁。

⁶⁴ *Jeffery v. Black*, [1978] 1 All ER 555, 555-557.

⁶⁵ *Jeffery v. Black*, [1978] 1 All ER 555, 563.

前述のクルマ・ケース判決において、初めて裁判官には証拠排除裁量権があることが認められ、カリス・ケース高等法院女王座裁判所判決およびジェフリー・ケース高等法院女王座裁判所判決においても同様に、裁判官は証拠排除の裁量権を有するとの判断が下されていた。しかし、そこでの証拠排除は、特定の限定的なケースに限るものと考えられていたことには注意を要する。

(2) 裁判官による裁量的証拠排除が行われた事例

裁判官による裁量的な証拠排除権限そのものは認める判例が蓄積されてくるものの、実際に、裁判官による証拠排除が行われた事例は、1962年のコート・ケース刑事控訴裁判所判決⁶⁶と1963年のペイン・ケース刑事控訴裁判所判決⁶⁷という、わずかに2件に過ぎなかった⁶⁸。

(a)コート・ケース刑事控訴裁判所判決 このうち、1962年のコート・ケース刑事控訴裁判所判決の事実概要は、次の通りである⁶⁹。飲酒運転の嫌疑で逮捕された被告人は、警察署において、当時の慣習に従って「医師は被告人が病気や怪我をしていないかどうか確認するために診断するのであって、飲酒の状態についての判断をするためではない」と告げられ、その結果として医師による診断を受けた。

弁護側は、医師の診断結果は被告人にとって不利な証拠であり、被告人に対する誤った説明が医師による診断を受けるかどうかの判断に影響を及ぼしたとして、その診断書を証拠として使用しないように求めた。

原審の治安判事裁判所は、この証拠の許容性を認めたが、これに対し、被告人が控訴した。刑事控訴裁判所は、本件が、訴訟上の方針変更から生じる偶然の出来事であったことを認め、何らかの罣は存在しなかったとするものの、次のように判示して、証拠を排除した⁷⁰。すなわち、「被告人にされた発言（誤った説明）は、被告人の一連の行動に影響を与えたであろうから、その証拠を陪審員の前に出すことは不適切」であり、当該証拠を許容した原裁判所は、証拠排除裁量権を誤って行使した。

(b)ペイン・ケース刑事控訴裁判所判決 1963年のペイン・ケース刑事控訴裁判所判決の事実概要は、次の通りである⁷¹。飲酒運転の嫌疑で逮捕された被告人は、警察署において、警察官から医師による診断を受けることに同意するか尋ねられた。その際、被告人は、「運転の不適切性についての意見を述べることは、医師の責務ではない」との誤った説明を

⁶⁶ *R v. Court*, [1962] Crim. L. R. 697.

⁶⁷ *R v. Payne*, [1963] 3 All E. R. 848.

⁶⁸ 井上・前掲注(3) 330頁。コート・ケース刑事控訴裁判所判決およびペイン・ケース刑事控訴裁判所判決を紹介した邦語文献として、井上・前掲注(3) 330頁、本吉・前掲注(5) 274頁、稲田・前掲注(5) 215頁。

⁶⁹ *R v. Court*, [1962] Crim. L. R. 697, 697-698.

⁷⁰ *R v. Court*, [1962] Crim. L. R. 697, 607-698.

⁷¹ *R v. Payne*, [1963] 3 All E. R. 848, 848.

受けた。被告人は、その説明を信じて同意したが、後に、医師は、被告人の飲酒の影響の程度についての証言を行った。

原審においては、医師による診断結果が証拠として採用され、被告人に 3 年間の運転資格停止が言い渡された。それに対し、被告人が控訴し、刑事控訴院は以下のように判示して、証拠を排除した⁷²。「医師の証拠は許容性を有するが、公判裁判所は裁量において、証拠としての許容を拒絶するべきであった。なぜなら、もし医師がこの問題についての証言を知っていたら、被告人は検査を受けることはなかったであろうからである」。

実際に証拠が排除された前述の両ケースは、これまでの事実認定の適正化という観点からの証拠排除から、一步踏み出す傾向が見られた。というのも、いずれのケースも被告人の診断書について信用性を否定するような事情は窺えないからである。それにもかかわらず、そのような証拠を排除したという点で、今後進むべき方向性は意識されていたのであろう。しかし、ここでも証拠排除の根拠や基準については、いまだ不明確なままであった。

(3) 裁判官による裁量的証拠排除の根拠の不明確さ

ここで、1955 年クルマ・ケース枢密院司法委員会判決およびその後の証拠排除が争点とされた判例の流れをみてみると、必ずしも統一的な判断がなされてきたわけではなかった。それでは、証拠排除に関する判例の動向について、どのように理解すればよいだろうか。裁判官による裁量的な証拠排除を認めたリーディングケースであるクルマ・ケース枢密院司法委員会判決については、次の 2 通りの理解が示されている⁷³。

第一は、「被告人に対して不公正な影響を及ぼす場合」という判決の文言に着目し、単に悪性格証拠、不利益な事実の承認および類似事実証拠を証拠の証明力の観点から排除してきた従来判例と軌を一にし、証明力の欠ける証拠、すなわち、事実認定の適正化を害する証拠を排除するものであるとの理解である⁷⁴。この理解によれば、証拠排除法則に関するこれまでの適用範囲を拡大するものではないという結論に至る⁷⁵。しかし、このように考えると、信用性の観点では問題がないはずである書証であっても、それが欺罔によって得られた場合には排除するとの判例の姿勢とは相いれないことになり、整合性に欠けるように思われる。

第二は、「被告人から獲得された証拠」という判決の文言に着目し、捜査手続に違法があれば、証拠を排除するものであるとの理解である⁷⁶。この理解によれば、従来事実認定適正化の観点から、捜査手続の違法の観点へと目を向けることになり、排除範囲の拡大傾向を

⁷² *R v Payne*, [1963] 3 All E. R. 848, 848. なお、本判決において、パーカー判事は前述のコート・ケース刑事控訴院裁判所判決に言及し、コート・ケース刑事控訴院裁判所判決でも本判決と同様に、被告人が医師の本当の目的を知っていたら検査に応じなかったであろう点が証拠を排除した根拠とされていたとの評価を下している。

⁷³ William R. Baldiga, op. cit. n. 47, at p. 137.

⁷⁴ William R. Baldiga, op. cit. n. 47, at p. 137.

⁷⁵ William R. Baldiga, op. cit. n. 47, at p. 137.; Andrews, “Involuntary Confessions and Illegally Obtained Evidence in Criminal Cases I”, (1963) *Crim. L. R.* at pp. 15-20.

⁷⁶ William R. Baldiga, op. cit. n. 47, at p. 137.

示すという結論に至る。しかし、同判決において、証拠の収集過程に違法があると認められているにもかかわらず、その証拠を許容していることから、捜査手続の違法のみに着目して違法収集証拠排除の判断を行っているとは断定できないように思われる。

クルマ・ケース枢密院司法委員会判決に関しては、第一・第二のいずれの見解も問題があるにもかかわらず、その後の判例においては、同判決を違法に獲得された証拠の排除に関する一般的な見解が示されたと評するものや、被疑者の公正な裁判を受ける権利を保障するために悪影響のある証拠の排除裁量を確立したと理解するものが存在するなど、クルマ・ケース枢密院司法委員会判決を根拠として証拠排除裁量権の範囲を拡大する傾向が打ち出されようとしていた。

4 違法収集証拠を排除するルールの衰退

(1) サン・ケース貴族院判決の概要

証拠排除の基準や根拠が明らかでないものの違法収集証拠の排除の可能性を一般的に認める判例と、その限定的な運用の間にはギャップが生じていた中で⁷⁷、1980年のサン・ケース貴族院判決⁷⁸は、これまでの判例の統一的な理解を示し、裁量的排除が限定的なものであることを確認した⁷⁹。

(a) 事実概要 本件の事実概要は、次の通りである⁸⁰。偽造紙幣の売人として知られていた被告人は、刑務所からの出所前に、他の受刑者（被告人は、彼が警察の情報提供者であったと主張している）から、「外部に偽造紙幣の売人を知っており、その者と被告人を引き合わせたい」と持ちかけられた。出所後、被告人は売人を装ったおとり捜査官と会い、偽造紙幣を提供することに同意した。そして、待ち合わせ場所で、被告人は偽造紙幣を受け渡したところ、通貨偽造および同行使の共謀罪で逮捕・起訴された。

被告人は、このような捜査手法は、罠の一種、すなわち警察の指示により活動した情報提供者によって犯罪をするように誘導されたものであると主張した。そして、イギリスでは、罠による捜査であったことを理由に、公訴を棄却する規定は存在しないため、裁判官の裁量において、当該証拠を排除するように求めた。

原々審の中央刑事裁判所は、刑務所内で偽札の売人との接触を持ちかけた受刑者は、警察の情報提供者であるとの前提で議論を進め、証拠の獲得方法を理由に証拠を排除する裁量権限を裁判官は有していないとして有罪を言い渡した。原審の控訴院および貴族院でも原判決が維持された。

(b) 判旨 貴族院は、「刑事裁判における裁判官の役割として、被告人が法に従って公

⁷⁷ Michael Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984* (5th ed., 2005), at p.233.

⁷⁸ *R v. Sang*, [1980] A C 402. サン・ケース貴族院判決を紹介した邦語文献として、井上・前掲注(3) 503頁、島倉・前掲注(5) 484頁、稲田・前掲注(5) 216頁、丸橋・前掲注(5) 373頁、小浦・前掲注(36) 4頁。

⁷⁹ Michael Zander, *op. cit.* n. 66, at p.361.

⁸⁰ *R v. Sang*, [1980] A C 402.

正な裁判を受けることを確保するため、裁判官は、もしその（証拠を許容することの）悪影響がその証拠価値を上回る場合、証拠を許容しない裁量権を常に有している⁸¹と改めて明言し、クルマ・ケース枢密院司法委員会判決と同様に一般的な見解を提示した。また、ディプロック判事は、証拠排除裁量権を行使することで、違法捜査を行った警察官に対して懲罰を加えることが、裁判官の任務ではなく、被告人の公正な裁判を受ける権利を保護することが目的であるとする。

さらに、「裁判所は、証拠がどのように獲得されたかではなく、それが公判において検察官にどのように使用されたかのみに関心があり、裁判官は、不利益事実の承認・自白および犯行後に被告人から獲得された証拠を除いて、単に不適切なもしくは不公正な手法で獲得されたことを理由に関連性のある証拠を許容しないとする裁量権を有していない。もし、証拠が被告人に疑惑の犯罪を犯させようとして、おとり捜査官を使用した警察によって、もしくは被告人に犯罪を実行させようとする警察官や情報提供者によって不適切に獲得されたとすれば、それは裁判官がその証拠の排除のための裁量権を行使する根拠とはならない。しかしながら、それは被告人に科する量刑の減輕要素となるであろうし、それは民事の問題もしくは警察官に対する懲戒処分もしくは主犯者としての警察官や情報提供者に対する刑事手続の問題であろう。その結果、畏の抗弁が、検察側の証拠を排除する裁量の行使という手続上の手段を用いて裁判官により受け入れられることはないであろう⁸²」と判示した。

すなわち、本判決は、①当該証拠を許容すれば、証明力を上回る悪影響がある場合や②自白、不利益事実の承認およびその他の証拠を警察官が犯行後に「被告人から」獲得した場合に、証拠排除裁量権を有するとしており、たとえ違法もしくは不公正な手法で獲得されたとしても、すべての証拠を排除することができるわけではないことを明示している⁸³。

（２） 裁量的証拠排除の適用範囲・理論的根拠

(a) 「被告人から獲得された」の意味 サン・ケース貴族院判決で示された自白、不利益事実の承認およびその他の証拠を警察官が犯行後に「被告人から」獲得した場合とは、どのような事例を指し、なぜそのような証拠が排除されるのであろうか。この点について、ディプロック判事は、自白排除法則と類似するものであることを根拠としている⁸⁴。

このような理解に対しては、次のような批判がある⁸⁵。裁判所は、自白排除法則については、信用性が欠如することを主たる根拠に証拠を排除してきたが、対照的に、違法に獲得された物的証拠であっても、その信用性は認められるものと考えられてきた。そうすると、違法に「被告人から獲得された」物的証拠については、信用性が欠如するとはいえず、信用性のない証拠を排除しようとする自白排除法則との類似性が認められないこととなる。

⁸¹ *R v. Sang*, [1980] A C 402.

⁸² *R v. Sang*, [1980] A C 402.

⁸³ *R v. Sang*, [1980] A C 402, 435-436.

⁸⁴ *R v. Sang*, [1980] A C 402, 435-437.

⁸⁵ Pattenden, "The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence, Canada and Australia" (1980) 29 *International and Comparative Law Quarterly* 664, at p. 676.

しかし、このような批判は、ディプロック判事の見解の正確な把握に基づかない指摘であると思われる。なぜなら、同判事は、「被告人から獲得された」証拠の排除根拠について、以下のように説明するからである⁸⁶。すなわち、「被告人から獲得された」証拠が、自白と同様に信用性が欠如するという点に根拠を求めるのではなく、より根本的な原則としての黙秘権の保障が害されるという点にその根拠を求めており、ここでいう「黙秘権 (the right to silent)」とは、「*nemo debet prodere se ipsum*(誰も自分自身の裏切り者となることを義務付けられない)」という考え方を基礎にするものである。この考え方を根拠とすることで自白のみならず、被告人から獲得された物的証拠も排除することが可能となると結論付けるのである。

(b) クルマ・ケース判決以降の判例の理解 サン・ケース貴族院判決で示された理解を前提として、これまでの判例を振り返って検討を加えてみると、それぞれ次のようにまとめることができる。

(ア) クルマ・ケース枢密院司法委員会判決 クルマ・ケース枢密院司法委員会判決が欺罔による場合であれば証拠排除を認めるが、単なる違法な捜査の場合にはそれを認めないと判示していたのも黙秘権・自己負罪拒否特権が侵害されたかどうかに着目していた結果といえよう。すなわち、同判決は、違法に獲得されたすべての証拠の排除についての一般的な原則を示していたのではなく、被告人自身から違法に獲得された証拠の排除に関する限定的な判断を明示していたに過ぎないのである⁸⁷。

(イ) カリス・ケース高等法院女王座裁判所判決 カリス・ケース高等法院女王座裁判所判決は、ペイン・ケース刑事控訴裁判所判決やコート・ケース刑事控訴裁判所判決と同様に証拠が排除されてもよい事案にも思えるが、結果的には排除されなかった。そこには、権利侵害の程度という視点から、以下の 2 つの差異が認められよう。①獲得までの過程でいずれも有形物は用いられておらず、ペイン・ケース刑事控訴裁判所判決やコート・ケース刑事控訴裁判所判決では警察により誤った内容が伝えられていたが、カリス・ケース高等法院女王座裁判所判決では証拠として使用されることがある点につき告知をしなかったのみであり、誤った説明は行われていないこと。②ペイン・ケース刑事控訴裁判所判決やコート・ケース刑事控訴裁判所判決では、医師によって身体内の飲酒状態等が明らかにされたが、カリス・ケース高等法院女王座裁判所では警察官によって、外部から認識可能な指紋が採取されたのみにとどまったこと。そして、カリス・ケース高等法院女王座裁判所では、これらの差異が、自己負罪拒否特権の侵害の程度およびその結果侵害された法益に影響を及ぼすものと考えられたように思われる。

(ウ) ジェフリー・ケース高等法院女王座裁判所 ジェフリー・ケース高等法院女王座裁判所では、排除が可能となる場合が列挙されていたが、自己負罪拒否特権が侵害されるよ

⁸⁶ *R v. Sang*, [1980] A C 402, 436-437.

⁸⁷ Andrew L.-T. Choo, Susan Nash, "What's the Matter with Section 78?", (1999) Crim. L. R. at p.930.

うな場合を列挙したのであって、その基準に当てはまるかどうかということよりも、自己負罪拒否特権を侵害したかどうかが重要な判断基準と考えられていたのであろう。カリス・ケース高等法院女王座裁判所でも、排除が可能となる場合が列挙されていたが、これも同様に解することが可能である。

(エ)裁判官による証拠排除が行われた事例　ペイン・ケース刑事控訴裁判所判決およびコート・ケース刑事控訴裁判所判決で使用された「一連の行動に影響を与えた」とか「本当のことを知っていれば、検査を受けなかった」という文言が使われているが、それは、自白のケースと同様のものであり、まさに自己負罪拒否特権が侵害されたかどうかという観点から証拠が排除されていたとあってよい。

(オ) サン・ケース貴族院判決　サン・ケース貴族院判決では、違法収集証拠排除の判断において「公正さ」という文言を使用するものの、その内実は捜査手法ではなく、自己負罪拒否特権が侵害されたか否かに重点が置かれていた。同判決をもって、証拠排除裁量の根拠が、信頼性の観点から権利保護の観点へと変化したとの評価や、司法の権利保護に対する意識の高まりであるとの評価を加えるものもあるが、結局のところ、コモンローにおける証拠排除裁量権は非常に狭められていた⁸⁸。裁判官の有する証拠排除裁量権限は、自白、不利益な事実の承認または被告人から直接獲得された証拠に限定されており、単なる不適切に獲得された証拠については、裁量権限を有していないのである⁸⁹。すなわち、サン・ケース貴族院判決は、クルマ・ケース枢密院司法委員会判決以降の証拠排除裁量の混迷に終止符を打つとともに、クルマ・ケース枢密院司法委員会判決が証拠排除裁量の適用範囲を拡大したものであるとの理解を否定し、限定的な解釈であることを示した点に意義が認められる。

なお、この当時のイギリスにおいて「罾の抗弁」が認められないことと、欺罔による証拠を排除することの関係性についてどのように理解すればよいか。個々の事例では結局のところ、自己負罪拒否特権が侵害されたかという点が重要となってくるが、例えば、犯罪の機会を提供したケースのように、典型的に罾を用いたケースでは自己負罪拒否特権が侵害されるとはいえない場合が多く、欺罔を用いたケースでは自己負罪拒否特権が侵害されることが多いという場合が多いということであろう。

(3) 裁量的証拠排除の限定的運用に対する批判

当時の違法収集証拠排除のあり方に対しては、①裁判官に与えられた裁量的な証拠排除そのものに関して⁹⁰、②その裁量的な証拠排除法則の裁判所による限定的な運用に関して⁹¹、批判が加えられた。

⁸⁸ Michael Zander, op. cit. n. 77, at p.361.

⁸⁹ Michael Zander, op. cit. n. 77, at p.361; Choo, Nash, op. cit. n. 73, at p.930.

⁹⁰ A. J. Ashworth, "Excluding Evidence as Protecting Rights" (1977) *Crim. L. R.* 723; J. D. Heydon, "Illegally Obtained Evidence(1)" (1973) *Crim. L. R.* 603; J. D. Heydon, "Illegally Obtained Evidence(2)" (1973) *Crim. L. R.* 690.

⁹¹ J. D. Heydon, "Etrapment and Unfairly Obtained Evidence in the House of Lords" (1980) *Crim. L. R.* 129; Zelma Cowen, P.B. Carter, *Essays on the Law of Evidence* (1956) at p. 103.

(a)裁量的な証拠排除に対する批判　　まず、裁量的な証拠排除法則に対しては、イギリスとアメリカ合衆国の社会・法システムに着目し、それらの差異は相対化してきていることを指摘した上で、イギリスの警察官の違法行為を抑止するためにも、アメリカ合衆国のように厳格ではないものの、証拠排除法則が必要であるとの観点から批判が加えられた⁹²。さらに、このような違法収集証拠の排除は、警察官の違法捜査の抑止のためのみならず、手続上の権利保障に具体的な意義を付与し、裁判所が捜査手続に関する法規範を解釈・改善していく機会を提供するという意味からも有意義であるとされた⁹³。

(b)裁量的な証拠排除の限定的な運用に対する批判　　クルマ・ケース枢密院司法委員会判決のゴダード判事の見解に対して、コーウェンとカーターの両名は、イギリス以外の判例に関する分析が不十分であり、期待はずれなものであるとの批判を加え、クルマ・ケース枢密院司法委員会判決は以下の三つの問いに答えていないと述べた⁹⁴。第一に、不公正なトリックによって獲得された関連性のある証拠を裁判官の有する裁量によって排除することが許される根拠は何か。第二に、なぜ、不公正なトリックによって獲得された証拠を排除する根拠が、違法な捜査によって獲得された証拠には適用されないのか。第三に、自白法則についても、枢密院司法委員会は一般原則の例外であるとの判断を示すが、もし自白法則に基づいて、政策的な理由から関連性のある証拠を排除するのであれば、上告裁判所が政策的な理由の本質を考慮したり、その本質と違法な捜査において獲得された証拠の許容性の問題とを結びつけて考慮したりすることは適切ではないといえるのか。

コーウェンとカーターによって、クルマ・ケース枢密院司法委員会判決の直後に出された三つの疑問は、その後の違法収集証拠排除法則の発展にとって、重要な問いかけであったように思われる。というのも、このような問いかけに呼応するように、サン・ケース貴族院判決では、違法収集証拠排除に関する理論的根拠について、詳細な検討が加えられたからである。

5 小括

本章では、イギリスの違法収集証拠排除に関するコモンローの伝統的なルールについて、18世紀にまで遡って検討を加えた。その結果、当時のイギリスにおいて、証拠の獲得方法は、公判における証拠の許容性判断に全く影響を与えないと解されていたことが明らかとなった⁹⁵。警察官が違法な逮捕・捜索により、市民の権利を侵害した場合には、その解決策は警察官個人やその上官に対する民事損害賠償によって図られ、違法な捜査の結果として刑事裁判における証拠の許容性に变化をもたらすことは想起されていなかったのである。

⁹² J. D. Heydon, op. cit. n. 91, at p. 691.

⁹³ J. D. Heydon, op. cit. n. 91, at p. 696.

⁹⁴ Zelma Cowen, P.B. Carter, op. cit. n. 86, at p. 104.

⁹⁵ 本文中に掲げた判例の他に、下記のものがある。R v. Warwickshall, [1783] 1 Leach 263; R v. Griffin, [1809] Russ & Ry 151; R v. Gould, [1840] 9 C & P 364; R v. Berriman, [1854] 6 Cox CC 388.

そして、19世紀後半になると、民事・刑事の双方の手続において、違法に獲得された証拠も許容性を有するという原則が定着することとなった⁹⁶。

しかし、この原則は、長く維持されず、20世紀中頃には、クルマ・ケース枢密院司法委員会判決において、裁判官による「公正さ」の観点からの裁量的な証拠排除の可能性が認められた。しかし、そのような裁量的な証拠排除が実際に適用されたケースは少なく、証拠排除の基準は不明確なものであった。そのような状況のなか、サン・ケース貴族院判決において、従来の裁判例に対する統一的な理解が示され、裁量的な証拠排除は限定的であることが確認された。

さらに、20世紀後半までの判例の動向を見てみると、以下のように整理することができるであろう。当時は、主に①信用性を欠くおそれのある証拠を排除するという視点、②黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害する手法で、「被告人から」獲得された証拠を排除するという視点を考慮して、証拠排除を行う必要があると考えられていた。

第一の視点は、証拠獲得手法が任意性に影響を与え、その証拠を許容すると証明力の観点から、事実認定に悪影響を及ぼす場合に排除をするものである。これは、悪性格証拠や類似事実証拠を許容すれば、陪審員が不公正な先入観を抱くであろうとの観点からの証拠排除と軌を一にするものである⁹⁷。供述証拠について、信用性の観点から排除することについてはコモンローの原則から承認されていたといえよう⁹⁸。物的証拠については、デリントン・ケース巡回陪審裁判所判決およびリーザム・ケース高等法院女王座裁判所判決も、証拠の作成過程に着目し、信用性の有無を重視している。また、ジョーンズ・ケース高等法院女王座裁判所判決においても、真実発見という観点から、信用性があり犯罪の立証に有益な証拠を排除すべきではないとの考えが示されていた。ただ、物的証拠については、その獲得手法が信用性に影響を及ぼすことはないと考えられており、その意味で、信用性の観点は排除を認めない方向に働く要素として考慮されていたといえよう。

第二の視点は、被告人から黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害する手法により証拠が獲得された場合に、当該証拠を排除するものである。これは、供述証拠に対しても、物的証拠に対しても妥当するものである。供述証拠については、黙秘権等を侵害するような取調べにおいて、被告人から供述が獲得された場合をいう⁹⁹。物的証拠については、①被告人の身体と不可分一体となっているもの（血液・尿、および、健飲酒状態等の診断）が、欺罔など自己負

⁹⁶ 日本においても、最高裁の初期の判例は、以下のように判示し、違法収集証拠の証拠能力を肯定していた。「押収物は押収手続に違法であっても、物其自体の性質、形状に変更を来す筈がないから其形状等に関する証拠立つ価値に変わりはない」（最判昭和24年12月13日刑集15号349頁）。これ以降、下級審においても同様の判断が示されている（例えば、東京高判昭和28年11月25日判特39号202頁等）。

⁹⁷ 捜査手法が任意性に影響を与え、その結果、自白や不利益事実の承認を獲得するケースは、信用性が欠ける可能性があり、他方、悪性格証拠や類似事実証拠を使用するケースは、関連性が欠けるという点で、両者は異なるものである。ただし、いずれも事実認定の適正化を目的とするという意味においては、同一の目的を持つものである。

⁹⁸ イギリスにおける自白排除法則については、参照。

⁹⁹ 不公正ないし圧迫的に取得された証拠を排除する裁判官の裁量的な権限を示す「裁判官準則」は被疑者取調べに際し、黙秘権が存在すること、ならびに、そこでの供述は後に証拠として使用され得ることの告知がなされるべきよう要求している。井上・前掲注(3)336頁参照。

罪拒否特権を侵害する手法で獲得された場合、②欺罔など自己負罪拒否特権を侵害する手法を用いて、被告人の手によって証拠を提出させる場合を意味する¹⁰⁰。すなわち、これらはいずれも、被疑者が真実を知っていれば供述もしくは物的証拠の提供に応じることはなかったにもかかわらず、欺罔等によって保護される権利を表出させられたという点で、黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害するような手法で獲得するような場合である¹⁰¹。

このように見てくると、違法なもしくは不公正な手法で証拠が獲得されていたとしても、それは黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害して「被告人から」獲得された場合に限定され、違法に獲得されたすべての証拠が排除されるわけではないと理解することもできよう。ところで、自白については、適切な手法で強制的に獲得することはできないが¹⁰²、物的証拠については、適切な手法で強制的に獲得することが可能である。例えば、適切な手続によって捜索・差押が行われる場合であっても、被疑者・被告人以外の処分対象者の黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害しているとみることもできようが、そのような場合にまで、黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害し、違法となるとは考えられていなかったはずである。逆に、当時の判例が黙秘権・自己負罪拒否特権のみを証拠排除の根拠として、その他の点を全く考慮していなかったとすると、疑問が残るように思われる。そうであれば、被疑者・被告人の権利として、自己負罪拒否特権が前面に押し出されているが、その背後には、捜査手法への着目が全くなかったとは断言できないように思われる。黙秘権・自己負罪拒否特権を証拠排除の根拠として強調することには、限界があり、後には捜査手法へ着目されるようになるのである。

二 1984年警察・刑事証拠法時代の違法収集証拠排除

1 刑事手続に関する王立委員会の設置

(1) 刑事手続に関する王立委員会設置の役割

¹⁰⁰ 物的証拠については、黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害するような手法で獲得したとしても、信用性の点では問題はない。

¹⁰¹ わが国においても、黙秘権・自己負罪拒否特権の効果を物的証拠に対して及ぼそうとする裁判例がみられた。すなわち、飲酒運転等の罪により身柄拘束中の被疑者について、アルコール含有量を測定する意図を秘してその尿を採取したことの適否が争われた東京地判昭和49年1月17日判時727号29頁は、「被告人は、逮捕当時から酒酔いの事実を否認し……呼気を風船に吹き込む等の検査を拒否していたのであるから、自己の尿中にあるアルコールの程度を検査する意図であることを知ったならば、尿の排泄を断念するか、あるいは排泄した尿を任意に捜査官に引き渡さなかったものと推認できる」として証拠能力を否定した。このような裁判所の判断は、イギリスにおけるペイン・ケース刑事控訴裁判所判決やコート・ケース刑事控訴裁判所判決の理由付けと共通点を有するよう思われる。

ただし、控訴審である東京高判昭和49年11月26日高刑27巻7号653頁は、「本件被告人のように、酒酔い運転の罪の容疑によって身柄を拘束されている被疑者が自然的生理現象の結果として自ら排尿の申出をして排泄した尿を採取するような場合、法律上いわゆる黙秘権が保障されている被疑者本人の供述を求める場合とは異なり、右尿をアルコール度検査の資料とすることを被疑者に告知してその同意を求める義務が捜査官にあるとは解せられないのであるから、右のことを告知して同意を求めなかったことをもってその採取行為を違法とする理由の一とすることには賛同できない」と判示し、原判決を破棄している。

¹⁰² 麻酔分析によって、被疑者・被告人の心理の底にある事実、すなわち、自白や真実の供述を獲得する手法が存在し（いわゆる、アミタール・インタビュー）、昭和20年代には同手法が使用される事例が散見された。例えば、東京高判昭和27年9月4日高刑集5巻12号2049頁。

1970年代のイギリスでは、刑事手続における人権保障を目的とした様々な改革が提案され、実施されていた¹⁰³。しかし、その成果は十分とは言い難く、一層の改革を求める声が上がっていた。その一方で、犯罪の増加も深刻な問題となっており、刑事訴訟法による制約のために、警察の犯罪捜査が妨げられているとの批判が根強かった。このため、当時のイギリスでは、「刑事手続における人権保障」と「警察による犯罪捜査の実効性確保」という相反する要請のバランスを取るために、捜査から公判までの刑事手続全体の在り方を見直す必要性が高まっていた¹⁰⁴。また、裁量的な証拠排除権限の限定的な運用については、前述のように批判が加えられ、それが一つの要因ともなって、何らかの対応を求める機運も高まっていった。そこで、1977年に、当時の首相は、庶民院において、犯罪捜査および起訴手続の調査・検討を目的とする委員会設置の方針を表明した¹⁰⁵。

このような基本方針に基づき、1978年に、「刑事手続に関する王立委員会（The Royal Commission on Criminal Procedure）」が発足した。王立委員会の任務は、①犯罪捜査に関する警察の権限・責務、②被疑者の権利・義務および③起訴手続の三点につき、改正の要否を検討することにあつた¹⁰⁶。そして、約3年にわたる議論の成果として、1981年に現状分析とその改善策を内容とする「刑事手続に関する王立委員会報告書（The Royal Commission on Criminal Procedure, Report [cmd. 8092, 1981]）」が取りまとめられた。

（2） 証拠排除の根拠をめぐる議論

王立委員会での議論は多岐に渡ったが、証拠排除に関する議論に焦点を当ててみると、裁判官への広範な証拠排除裁量権の付与の是非が主たる争点とされ、以下の三つのタイプの違法収集証拠排除法則を取り上げて検討が加えられた¹⁰⁷。

第一に、「信用性原則（reliability principle）」である。これは、信用性のある証拠によつ

¹⁰³ 改革の動向については、井上正仁・長沼範良「イギリスにおける刑事手続改革の動向（1）～（4）」ジュリスト756号（1982）82頁以下、ジュリスト766号（1982）97頁以下、ジュリスト769号（1982）114頁以下、ジュリスト770号（1982）100頁以下、三井誠「イギリス刑事司法の改革（1）」ジュリスト937号（1989）63頁以下、井上正仁「イギリス刑事司法の改革（2）～（5）」ジュリスト940号（1989）105頁以下、ジュリスト942号（1989）91頁以下、ジュリスト944号（1989）78頁以下、ジュリスト946号（1989）70頁以下、酒巻匡「イギリス刑事司法の改革（6）～（8）」ジュリスト950号（1990）81頁以下、ジュリスト951号（1990）80頁以下、ジュリスト953号（1990）73頁以下、田中開「イギリス刑事司法の改革（9）～（12）」ジュリスト958号（1990）65頁以下、ジュリスト960号（1990）56頁以下、ジュリスト962号（1990）77頁以下、ジュリスト966号（1990）87頁以下、大澤裕「イギリス刑事司法の改革（13）～（15）」ジュリスト974号（1991）76頁以下、ジュリスト976号（1991）90頁以下、ジュリスト978号（1991）141頁以下、田中開「イギリス刑事司法の改革（16）」ジュリスト987号（1991）98頁以下参照。

¹⁰⁴ *The Royal Commission on Criminal Procedure, Report (Cmnd. 8092, 1981)*, at p. 2. 1984年警察・刑事証拠法制定までの経緯については、法務大臣官房司法法制調査部『イギリス警察・刑事証拠法 イギリス犯罪訴追法』（法曹会、1987）「訳者まえがき（井上正仁・三井誠）」を参照した。

¹⁰⁵ *The Royal Commission on Criminal Procedure, Report (Cmnd. 8092, 1981)*, at p. 2.

¹⁰⁶ *The Royal Commission on Criminal Procedure, Report (Cmnd. 8092, 1981)*, at p. vi.

¹⁰⁷ Michael Zander, *The police and Criminal Evidence Act 1984 (2005, 5th)*, at p.362. *The Royal Commission on Criminal Procedure, Report (Cmnd. 8092, 1981)*, at p. 112. 違法収集証拠排除法則に関する王立委員会の議論について、森雅仁「英国における捜査手続（6・完）」警察学論集44巻2号（1990）122頁以下参照。

て、正確な事実認定を行うことを証拠排除の目的としており、証拠が排除されるか否かは、専ら証拠の信用性に基づくという考え方である。当時、自動的に証拠排除が導かれるのは、任意性を欠く疑いのある自白・不利益事実の証人のみであり、その他の証拠が違法な手法で獲得された場合、証拠排除を行うかどうかは、裁判官の裁量に委ねられていた。そして、サン・ケース貴族院判決以降の裁判官の裁量権は、自白、不利益事実の承認やその他犯罪終了後の被告人から獲得された証拠に限定されてきた。このような当時の排除法則の背後には、その種の証拠は信用性が乏しく、陪審員の目に触れるべきではないことを理由に排除するという、信用性原則が貫かれていると解されていた¹⁰⁸。

第二に、「懲罰原則 (disciplinary principle)」である。これは、証拠の信用性ではなく、捜査機関による証拠の収集過程に着目して、証拠排除の可否を判断する考え方である。違法収集証拠の自動的な証拠排除を支持する者によって主張されたこの考え方は、たとえ違法に獲得された証拠に信用性が認められたとしても、違法な捜査手法を規律すべき立場にある裁判所は証拠を排除しなければならないと解するのである¹⁰⁹。

しかし、王立委員会は、以下の三点から、懲罰原則による証拠排除の導入に対して、否定的であった¹¹⁰。①イギリスの裁判官は、証拠の信用性に関心があり、警察の違法捜査を抑止することを自らの任務であるとは考えていないこと。例えば、サン・ケース貴族院判決においても、裁判官が懲罰権限を有していないことが明示されていた。②懲罰原則による証拠排除を採用しているアメリカ合衆国において、不適切な警察官の行為を抑止する効果が乏しいとの評価がなされていること。すなわち、このような抑止効果があるのは、ごくわずかなのであって¹¹¹、その効果はかなり遅くなってからしか表れないため、自動的な排除法則は、少数の者の権利しか保護することができない。③証拠能力に関する争点に多くの時間が費やされることになり、刑事裁判制度に対する信頼を失わせることに繋がること。

第三に、「保護原則 (protective principle)」である。これは、適正な証拠に基づき起訴された犯罪に関してのみ、被告人は裁判に付され、有罪判決を受けるという考え方である¹¹²。すなわち、違法収集証拠を排除することの目的は、捜査規範に対する信頼を確保し、刑事手続の公正さを確保するという点にあるとするのである。この考え方によれば、違法に証拠が獲得されれば、原則的には証拠の排除が導かれるが、その違反の内容や他の利益との比較考量から、裁判官の裁量により証拠の排除をしないことも可能であった。しかし、これに対しては、「裁判中の裁判 (trials within trials)」をもたらすことになり、裁判所の負担を増や

¹⁰⁸ A. J. Ashworth, "Excluding Evidence as Protecting Rights", (1977) *Crimi L. R.* 723, at p. 723; I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (3rd ed., 2007), at p. 101; *The Royal Commission on Criminal Procedure*, Report (Cmnd. 8092, 1981), at p. 112.

¹⁰⁹ A. J. Ashworth, op. cit. n. 108, at p. 723; I. H. Dennis, op. cit. n. 6, at p. 102. *The Royal Commission on Criminal Procedure*, Report (Cmnd. 8092, 1981), at p. 112.

¹¹⁰ Michael Zander, op. cit. n. 107, at p. 362; *The Royal Commission on Criminal Procedure*, Report (Cmnd. 8092, 1981), at p. 113.

¹¹¹ Michael Zander, op. cit. n. 107, at p. 362; *The Royal Commission on Criminal Procedure*, Report (Cmnd. 8092, 1981), at p. 113.

¹¹² A. J. Ashworth, op. cit. n. 108, at p. 725.

すであろうとして、懲罰原則の支持者から、そのような解決は抑止効果を低下させることになると指摘された¹¹³。

こうした三つの根拠論を検討した上で、王立委員会は、最終的に、信用原則を基礎として、それに保護原則を加えた解決方法を取ることを提案したのである。

2 1984年警察・刑事証拠法制定をめぐる議論状況

(1) スカーマン卿第一次修正案

(a) スカーマン卿第一次修正案の内容 王立委員会の報告書で示された改善策は、その後、当時の内務省で調整が行われ、「警察・刑事証拠法草案 (The Police and Criminal Evidence Bill)」に取りまとめられた。当初の草案において、違法に獲得された証拠に関する問題には触れず、自白排除に関する規定を置くのみであった¹¹⁴。しかし、このような姿勢に対しては、従来からの判例の問題点が改善されていないとの批判が加えられていた。そこで、第二次法案の審議において、貴族院の委員であったスカーマン卿は、違法に獲得された証拠について、修正案 (Amendment No. 160) を提出し、以下の新しい条項を 73 条の後に追加することを求めた¹¹⁵。

[違法に (unlawfully) 獲得された証拠]

(1) いかなる手続においても、検察によって提出された証拠 (自白以外) が違法に獲得された、または、違法に獲得された可能性があるとき、裁判所に主張したときは、裁判所は次の場合でない限り、その証拠を許容してはならない。

(a) 検察側が、その証拠が適法に獲得されたと合理的な疑いを差し挟む余地なく、裁判所に対して証明したとき。

(b) その証拠を獲得する際のいかなる違法な活動も、事案のすべての状況においては、重大ではなく、無視してしかるべきと裁判所が確信したとき。

(c) その証拠が違法に獲得されたにもかかわらず、優越する正義の利益がその証拠を必要とすると裁判所が確信したとき。

(2) 本項では、以下のように証拠が獲得された場合、その証拠は違法に獲得されたものとして扱われる。

(a) 本法もしくはその他の法律または法の原則に違反したとき。

(b) 本法もしくはその他の法律によって与えられ、または、それに基づいて得られた権限を越えたとき。

(c) 本法またはその他の法律に基づいて権限を得る際の本質的な欺罔の結果であるとき。

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Michael Zander, *op. cit.* n. 107, at p. 362.

¹¹⁵ *Ibid.* House of Lords, Hansard, July 11, 1984, cols 931-932.

(b) スカーマン卿第一次修正案の提出理由 スカーマン卿は、修正案提出の趣旨について、以下のように説明した¹¹⁶。すなわち、本修正案提出の目的は、公判に向けた証拠収集活動における警察の権限濫用（特に、職務質問および捜索権限）について、抑止効果を強化しようとするものであった。当初の草案では、権限の濫用に対するさまざまな予防手段の実行を警察官自身に委ねているが、裁判官にこれを委ねるよう修正することが望ましいとするのである。さらに、本修正案の重要な特徴として、アメリカ合衆国のような自動的な排除法則の導入を行わないことをあげることができ、違法に獲得された証拠であっても優越する正義の利益が認められる場合には、その証拠を採用することも可能であるとされた。

(2) 大法官修正案

(a) スカーマン卿第一次修正案に対する反論 委員会において、前述のスカーマン卿修正案は多くの共感を得ていたが、大法官は、それが良識的な方針であるかどうかは疑問であるとして、以下の三つの反対意見を述べた¹¹⁷。

第一に、修正案は、1項において証拠が許容される場合を、2項において捜査が違法と判断される場合を、具体的に規定しているという点で、裁判所が適用するにはあまりにも精巧に起草されすぎていること。

第二に、刑事手続の進行を遅らせる「裁判中の裁判 (trials within trial)」をより一層増加させるであろうという点で、裁判実務に与える影響についても問題があること。

第三に、修正案は証拠が「違法に獲得された、または、違法に獲得された可能性がある」と裁判所に主張したとき」に証拠排除が争点となるとするが、弁護人から証拠が違法に獲得されたとの主張がなされれば、たとえ弁護人の主張を支える根拠が存在しない場合であっても、検察官はその証拠が適法に獲得されたものであると合理的な疑いを差し挟まない程度に証明する必要が生じるのは妥当でないこと。

(b) 大法官修正案の内容 このように大法官は反対意見を述べたものの、草案に違法収集証拠に関する規定を追加するという修正の必要性は認め、内務省で検討させることを約束した。そのため、スカーマン卿は自身の修正案を一旦取り下げた¹¹⁸。その後、貴族院の審議において、大法官は、次のような修正案 (Amendment No. 139) を提示した¹¹⁹。

[不公正な (unfair) 証拠の排除]

(1) いかなる手続においても、検察側が被告人から獲得された証拠に依拠しようとする場

¹¹⁶ House of Lords, Hansard, July 11, 1984, cols 932.

¹¹⁷ House of Lords, Hansard, July 11, 1984, cols 942-943.

¹¹⁸ House of Lords, Hansard, July 11, 1984, cols 931-948.

¹¹⁹ House of Lords, Hansard, July 26, 1984, cols 428.

合、その証拠が獲得された状況を含む、すべての状況を考慮して、その証拠の許容が手続の公正さに悪影響を与え、裁判所にとって、その証拠を許容すべきではないと思料されるときは、裁判所は証拠の採用を拒むことができる。

(2)本項において、裁判所に証拠の排除を求めるいかなる法原則も害されてはならない。

(3) スカーマン卿第二次修正案

(a)スカーマン卿第二次修正案の内容 大法官が提出した修正案に、スカーマン卿は納得せず、前述の第一次修正案をもとに、委員会での審議を踏まえて、いくつかの修正を加え、以下のような第二次修正案 (Amendment No. 131) を提示した¹²⁰。

[不適切に (improperly) 獲得された証拠]

(1)いかなる手続においても、検察から提出されたいかなる証拠 (自白以外) が不適切に獲得された可能性があると思料されるときは、裁判所は次の場合でない限り、その証拠を許容してはならない。

(a) 検察側が、合理的な疑いを差し挟む余地なくその証拠が適法に獲得され、かつ、本法 6 章に基づいて発布・承認・施行された実務規範に従って獲得されたと、裁判所に対して証明したとき。

(b) その証拠を獲得する際のいかなる違法な活動も、事案のすべての状況においては、本質的に重大ではなく、それゆえ無視されるべきであると裁判所が確信したとき。

(c) その証拠が違法に獲得されたにもかかわらず、その証拠としての価値、起訴されている犯罪の重大性、その証拠が獲得された状況に鑑みて、刑事法の公正な運用における公益のために、その証拠を必要とすると裁判所が確信したとき。

(2)本項では、以下のように証拠が獲得された場合、その証拠は不適切に獲得されたものとして扱われる。

(a) 本法もしくはその他の法律または法の原則に違反したとき。

(b) 本法もしくはその他の法律によって与えられ、または、それに基づいて得られた権限を越えたとき。

(c) 本法 6 章に基づいて発布・承認・施行された実務規範のいずれかの規定に反したとき。

(d) 本法またはその他の法律に基づいて権限を取得し、または、行使する際の本質的な欺罔の結果であるとき。

¹²⁰ House of Lords, Hansard, July 26, 1984, cols 427-428..

(b) スカーマン卿第二次修正案の提出理由 スカーマン卿によれば、第二次修正案には、①警察権限の濫用からの市民の保護をより一層強化すること、②刑事訴追を受けたものに対する公正な裁判を受ける権利を保障すること、という二つの目的が存在するものとされた¹²¹。

そして、第二次修正案では大きく三点の修正が加えられたが、その理由について、スカーマン卿は、以下のように説明した¹²²。

第一に、証拠排除が争点とされるきっかけについて、第一次修正案においては「裁判所に主張した (represented to the court) とき」であったのが、「不適切に獲得された可能性があると思われる (appears to the court) とき」と変更された。これは、「裁判所に主張したとき」という点に関する前述の大法官による指摘を受けて、裁判所の負担軽減を図ったものであった。第二次修正案では、裁判所がその証拠が不適切に獲得された可能性があることを認めただけの場合のみ証拠排除が争点とされることになったため、弁護人からの根拠のない異議を拒むことが可能となった。

第二に、証拠の獲得手法に関して、第一次修正案では「違法に (illegally)」とされていたものが、「不適切に (improperly)」と変更された。この修正も多く議員の指摘を受けてのものであるが、他方で、「不適切に」という不明確な表現の導入については、慎重になるべきであるとの意見や、法の明確性が失われると危惧する声もあった。それゆえ、「不適切」とは何を意味するかについて同条 2 項で定義することで、対象となる捜査方法が無限定に広がらないようにされた。

第三に、どのように裁量権を行使するかに関して裁判所に与えられた指針について、第一次修正案では、「優越する正義の利益」が認められるときには違法に獲得された証拠であっても、裁判所は証拠を許容することができることとされていた。第二次修正案では、1 項 (C) において、より具体的に規定された。これは、委員会の議論の過程において、優越する正義の利益という不明確な表現によって、誤解を生じさせるとの指摘がなされたことから、これに答えたものであった。

(c) スカーマン第二次修正案に対する反論 しかし、このような第二次修正案に対しても、事実上、裁判所に妥当でない責務を課すことになるとの批判が加えられた。すなわち、具体的に証拠が獲得された状況等を考慮要素とすることで、警察との関係において、裁判所が懲罰的な役割を担うことに対する批判である。しかし、こうした批判に対して、①第二次修正案は、裁判所に抑止力 (deterrent power) を与えることになるが、厳密には懲罰を与える権限 (disciplinary powers) を想定していない、②抑止力は、市民の権利保護を目的とする保護原則の効果としても、生じるものであるとの二点の反論がなされた。

以上のような、貴族院での議論の末、125 対 118 でスカーマン第二次修正案が採用され

¹²¹ House of Lords, Hansard, July 31, 1984, cols 653-654.

¹²² House of Lords, Hansard, July 31, 1984, cols 656-657.

た¹²³。ところが、当時の内務大臣は、庶民院の審議において、スカーマン第二次修正案は、裁判所に過度の負担をかけ、重大犯罪の犯人の不当な放免につながると主張した¹²⁴。結局のところ、この政府の主張が受け入れられ、庶民院では 259 対 154 でスカーマン第二次修正案が斥けられ、大法官案を基礎とした政府案が採用された¹²⁵。そして、その政府案の内容が、「1984 年警察・刑事証拠法」に盛り込まれることとなったのである。

(4) 1984 年警察・刑事証拠法 78 条

このような紆余曲折を経て、違法収集証拠の排除に関して「1984 年警察・刑事証拠法」78 条は、以下のような規定を置いた¹²⁶。

第 78 条 [不公正な証拠の排除]

(1)いかなる手続においても、裁判所は、訴追側が立証の基礎として申請する証拠につき、その証拠が獲得された状況を含むすべての事情を考慮して、その証拠を許容することが当該手続の公正さに有害な影響を及ぼすためこれを許容すべきでないと思料されるときは、その証拠を許容することを拒むことができる。

この規定によって、裁判所は、あらゆる事情を総合的に判断し、手続の公正さが害されたかどうかを基準として、証拠の許容性を判断することとなった。では、この新しい証拠排除の規定と従来のコモンロー上のルールとの関係については、どのように理解すればよいのであろうか。

この点に関する裁判例を見てみると、1988 年のメイソン・ケース控訴院判決¹²⁷において、同法 78 条は 1984 年法以前のコモンロー当時の裁判官の権限を言い直したにすぎないと判示された。また、クリストウ・ケース控訴院判決¹²⁸では、同法 78 条は被告人から獲得された証拠に限定していないという点では、証拠排除の適用範囲が拡大されたが、公正さの判断基準はコモンロー時代と変りないとの見解が示され、チョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決¹²⁹でも、同法 78 条はコモンロー時代の権限を拡大したものではないとの判断が下されていた。

しかし、この判決には異論があり、学説では立法上の経緯を踏まえ、裁判官の裁量権の拡

¹²³ House of Lords, Hansard, July 31, 1984, cols 635-675.

¹²⁴ House of Commons, Hansard, October 29, 1984, cols 1012-1013.

¹²⁵ Michael Zander, op. cit. n.107, at p.361.

¹²⁶ 条文の訳にあたっては、「イギリス警察・刑事証拠法 イギリス犯罪訴追法」(法曹会、1988)を参照した。

¹²⁷ *R v. Mason* [1988]1 W. L. R 139, 144.

¹²⁸ *R v. Cristou & Wright*, [1992] 4 All ER 559.

¹²⁹ *R v. Chalkley & Jeffries*, [1998] 2 All ER 155

大を意図していたと考えるのが一般的である¹³⁰。例えば、デニス¹³¹は、同法 78 条に定められた意味として、以下の四点を挙げている¹³¹。①78 条における「公正さ」を基準に証拠の排除を行う対象は、被告人から得られた証拠に限定されていない。②サン・ケース貴族院判決は、証拠がどのように獲得されたかについて、裁判所は関心を持たないとするが、78 条は証拠を排除するか否かの考慮要素のひとつとして「証拠が獲得された状況」を明確に言及している。③78 条は、被告人の黙秘権を侵害して獲得された証拠に限定されない。④78 条は、裁判所が考慮すべきものとして、審理 (trial) の公正さではなく、手続 (proceedings) の公正さであると定める。

なお、1984 年警察・刑事証拠法 82 条 3 項においては、「本編の規定は、裁判所が裁量により証拠を排除する権限に影響を及ぼさない」と規定されているため、同法の制定によって、コモンロー時代に構築された裁判官による裁量的な証拠排除法則の適用が不可能になったわけでない。

3 1984 年警察・刑事証拠法下での判例の動向

1984 年警察・刑事証拠法下において、違法に獲得された証拠は、実際どのように扱われていたのであろうか。1984 年警察・刑事証拠法制定から、第 3 章で検討を加える 1998 年人権法制定までの約 15 年間の違法収集証拠排除に関する判例の動向をみると、前半と後半では異なる傾向が見られる¹³²。すなわち、捜査手法に着目する 1984 年警察・刑事証拠法制定後から 1993 年頃までの前半期と、証拠の信用性に着目する 1993 年頃から 1998 年人権法制定までの後半期に分けることができる。この点を明らかにするために、以下では、1984 年警察・刑事証拠法下における違法収集証拠をめぐる主要判例の動向を整理したい。

(1) 前半期 - 捜査手法に着目する事例

前半期 (1984 年警察・刑事証拠法制定後～1993 年頃) は、捜査手法に着目し、警察による違法な捜査手法に対して強い非難を加える判例が多くみられた。以下では、①供述証拠が獲得された場合と、②物的証拠が獲得された場合に分けて、順に見てみたい。

(a) 供述証拠に関する判例 違法な捜査、特に電話傍受や盗聴器による会話の秘密録音によって、供述証拠が獲得された場合に関する判例として、以下のものがある。

(ア) H ケース 刑事法院判決 1984 年警察・刑事証拠法がどのように運用されているかを示すのが 1986 年の H ケース 刑事法院判決¹³³である。

本件の事実概要は、次の通りである¹³⁴。被告人は、交際相手の女性を強姦したとして告発を受け、逮捕された。取調べにおいて、彼は性行為は合意に基づいて行われたと主張した。

¹³⁰ Michael Zander, op. cit. n. 107, at p. 363.

¹³¹ I. H. Dennis, op. cit. n. 108, at p. 84.

¹³² Andrew L-T Choo, "Investigatory Impropriety: Violations of European Convention on Human Rights and Undercover Police Operations", *Evidence* (2012) 170, at p. 172.

¹³³ *R v H*, [1987] Crim. L. R. 47.

¹³⁴ *R v H*, [1987] Crim. L. R. 47, 47.

その後、被告人は一旦釈放されたが、警察は新たな証拠を獲得するため、交際相手の女性の同意を得た上で、彼女の電話に録音装置を取り付けた。交際相手の女性は、被告人との通話において、「この会話は録音されていない」と虚偽を述べた。この会話を録音したテープレコーダーが証拠として提出されたところ、被告人はテープレコーダーに証拠としての許容性は認められないと異議を申し立てた。

これに対して裁判所は、「会話の録音は罠であり、手続に不利な影響を与えるであろうし、証拠が獲得された状況を含むすべての状況を考慮すると裁判所は当該証拠を排除しなければならない¹³⁵」と判示し、その結果、被告人は証拠不十分で無罪となった。

本判決は、「この会話は録音されていない」と交際相手が告げていたという点で、自己負罪拒否特権が侵害されたために証拠排除が行われたとの理解ができる。また、警察の協力者であった交際相手との会話において、何らかの誘導が生じ、被告人が真実でないことを話した可能性も否定できないという点で、信用性が欠けるために証拠排除が行われたとの理解もできよう。このような理解をすれば、信用性を欠く証拠や自己負罪拒否特権を侵害する捜査手法によって獲得された証拠を排除してきたコモンローにおける証拠排除のルールと1984年警察・刑事証拠法下での実際の運用とは異ならないとも考え得る。ただ、前述のサン・ケース貴族院判決で示されたように、従来は、罠の抗弁を認めていなかったにもかかわらず、本判決において、証拠が罠によって獲得されたものであることを指摘し、それは手続に不利な影響を与えることを根拠に証拠を排除した。その意味で、ここでは、少なくとも警察の罠という捜査手法に着目しているとみることができるであろう。

(イ)イェーレン&カツ・ケース控訴院判決 前述のHケース控訴院判決で示された捜査手法へ着目するという傾向がより明確とされたのが、1990年のイェーレン&カツ・ケース控訴院判決¹³⁶である。

本件の事実概要は、次の通りである¹³⁷。被告人は、不正経理の共謀の罪で、逮捕された。取り調べにおいて被告人は、自分自身の役割や、後に共同被告人となる共犯者らの存在を明らかにした。しかし、警察は、いまだ証拠が不十分で逮捕されていなかった共犯者に事情聴取を行えば、警告（供述がその者にとって不利益な証拠になる恐れのある場合に与えられる注意）を与えなければならないことを踏まえ、被告人を利用して、共犯者との会話をテープレコーダーに秘密に録音させた¹³⁸。会話の際に、被告人は共犯者に対して、「自分は警察とは無関係である」旨の虚偽を述べた。共犯者は、このような手法で獲得された当該証拠を使用することは許されないとの異議を申し立てた。原審である事実審裁判所において、録音テープが証拠として提出され、証拠としての許容性が認められたが、これに対して、共犯者は

¹³⁵ *R v. H*, [1987] Crim. L. R. 47, 47-48.

¹³⁶ *R v. Jelen and Katz*, [1990] 90 Cr. App. R. 456.

¹³⁷ *R v. Jelen and Katz*, [1990] 90 Cr. App. R. 456, 456.

¹³⁸ 秘聴・傍受に関しては、現在、1984年の内務省によるガイドライン（Guidelines on the Use of Equipment in Police Surveillance Operations）、the Intelligence Service Act 1994、1997年警察法（the Police Act 1997）、2000年捜査権限規制法（the RIPA 2000）などに従って認められている。1984年より以前の会話の盗聴および通信の傍受に関しては、裁判所は証拠を許容する立場を一貫して採っていた。

控訴した。

控訴院において、①被告人は共犯者に対して虚偽を述べていたこと、②共犯者は被告人を信用しきって会話を行っていたこと、③被告人の警察の代理人としての行為は 1984 年警察・刑事証拠法実務規範 C の適用を逃れるものであること、が考慮要素として挙げられた¹³⁹。そして、結論として、申立人の会話の故意の秘密録音は、一線を越えており、罠の要素を含むとして、証拠としての許容性を否定した。

本判決も、前述のエイチ・ケース刑事法院判決と同様に、被告人が「警察とは無関係である」と述べた点で自己負罪拒否特権が侵害されたとの理解、また、警察の代理人として行動していた被告人との会話は誘導が生じ、虚偽を含むおそれがあるという点で信用性が欠如することを根拠にしているとの理解が可能である。ただし、裁判所は、警察の捜査が罠の要素を含んでおり、それは一線を越えるものであると指摘していることから、捜査手法に着目して証拠排除の判断を行っていることがわかる。

(ウ)その他の判例の動向 さらに、その他の判例の動向をみると、1988 年のメイソン・ケース控訴院判決¹⁴⁰では、警察の違法な捜査手法を「もっとも非難に値する」ものであると評し、証拠排除すべきであると結論付けた。1988 年のサミュエル・ケース控訴院判決¹⁴¹では、警察の捜査によって「上訴人は、もっとも重要で基本的な市民の権利のひとつを不適切に侵害された」と述べた。1990 年のダン・ケース控訴院判決¹⁴²では、「警察が実務規範を厳格に遵守することの重要性」を強調し、「本件において、重大な違反が存在する」とした。1990 年のカナル・ケース控訴院判決¹⁴³では、違反が目には余る、意図的でひねくれたものであると指摘し、警察の行為は「1984 年法および同実務規範に反する姿勢を示した。信じがたいことであるが、もし、警察が未だに法やそれに付随する実務規範の重要性を十分に理解していないとすれば、そろそろ理解する時期に来ている」と述べた。

このように、捜査手法に着目して、そのことのみを根拠に端的に証拠排除の判断を行っているわけではないが、警察の捜査手法に着目して非難を加えているという点では、従来と異なる新しい観点での考慮がなされ、証拠排除の可能性が広がりつつあったといえる。

ここまでは供述証拠が問題となるケースを紹介してきたが、このような動向は、違法捜査によっても信用性には影響が及ばされない物的証拠についても同様なのであろうか。

(b)物的証拠に関する判例 1991 年のマクグラッドリガン・ケース高等法院女王座裁判所判決¹⁴⁴および 1991 年のゴッドウィン・ケース高等法院女王座裁判所判決¹⁴⁵は、いずれも自動車を運転中の被告人が警察官に停止および呼気検査を求められ、その結果、飲酒運転

¹³⁹ *R v. Jelen and Katz*, [1990] 90 Cr. App. R. 456.

¹⁴⁰ *R v. Mason*, [1988] 1 WLR 139.

¹⁴¹ *R v. Samuel*, [1988] QB 615, 630.

¹⁴² *R v. Dunn*, [1990] 91 Cr App R 237, 243.

¹⁴³ *R v. Canale*, [1990] 2 All ER 187, 192.

¹⁴⁴ *D.P.P. v. McGladrigan*, [1991] RTR 297.

¹⁴⁵ *D.P.P. v. Godwin*, [1991] RTR 303.

の罪で、逮捕されたというものである。呼気検査以前には、被告人の体内にアルコールが含まれていることを疑うに足りる十分な理由が存在しなかったにもかかわらず、停止および呼気検査が実施されており、そのように獲得された証拠は許容性を有しないと弁護人は主張した。これに対して、両判決ともに、違法な停止後に獲得された呼気のサンプルを証拠として使用することは認めなかった¹⁴⁶。

ここでは証拠としての信用性があり、また自己負罪拒否特権を侵害するような捜査手法が取られていないにもかかわらず、捜査過程の違法を根拠に証拠が排除されることを認めたものといえよう。違法な捜査手法によって信用性に影響を与えるおそれのある供述証拠のみならず、そのような影響がない物的証拠についても、捜査手法に着目して証拠排除を行ったことには、大きな意味があるといつてよい。

しかし、このように捜査手法に着目し、警察の違法な捜査手法に強い批判を示していた判例の立場が長く維持されることはなかった。以下で述べるように、次第に証拠に信用性が認められるか否かという点が重視されるようになる。これは、コモンロー時代における判例の動向と共通するものとも解せよう¹⁴⁷。

(2) 後半期 - 証拠の信用性に着目する事例

(a) 供述証拠に関する判例 後半期（1993年頃～1998年人権法制定前）は、証拠の信用性に着目して、証拠排除の可否を判断する判例が登場するようになる。

(ア) ベイリー・ケース控訴院判決 前半期の警察の捜査手法に着目する判例から、変化がみられたのが、1993年のベイリー・ケース控訴院判決¹⁴⁸である。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁴⁹。2名の被告人は凶器を使用した強盗罪で逮捕され、両者は黙秘権を行使したが、起訴された。その後、警察は、彼らを同じ房に入れながら、房の様子は外から見聞きすることができないと誤信させた上で、会話の盗聴を行った。

控訴院は、①このような状況で被告人らが互いに不利益な供述を行わないことを保障する義務を警察官は負っていないこと、②実務規範には房での盗聴を禁止する規定が存在しないことを理由に、盗聴された証拠を許容できると判示した¹⁵⁰。

前述の会話の一方当事者の許可を得ていた H ケース刑事法院判決およびイーレン&カツ・ケース控訴院判決などの前半期の判例と比較してみると、本件は房の中で両当事者の同意を得ず、また誤信させて獲得したという点では、捜査手法の悪質性が必ずしも低いとはいえないケースであろう。しかし、それに関わらず、本判決はそのような警察の捜査手法に対して非難を加えることなく、証拠を許容した。このことから、本判決が捜査手法以外の点に証拠排除の基準を求めていることがわかる。すなわち、本件は会話の中で警察の協力

¹⁴⁶ *D.P.P. v. McGladrigan*, [1991] RTR 297; *D.P.P. v. Godwin*, [1991] RTR 303.

¹⁴⁷ このように捜査手法に着目する証拠排除が発展しなかった根拠として、「手続の打ち切り論」の発展を挙げることができる。

¹⁴⁸ *R v. Bailey*, [1993] 3 All ER 513.

¹⁴⁹ *R v. Bailey*, [1993] 3 All ER 513, 514-516.

¹⁵⁰ *R v. Bailey*, [1993] 3 All ER 513, 523-524.

者が介在していない点で誤導のおそれがなく、信用性が高いということを考慮した結果であると思われる。

(イ)チョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決　ベイリー・ケース控訴院判決と同様に証拠の信用性に着目するのが、1998年のチョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決¹⁵¹である。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁵²。被告人CとJは、強盗の共謀の疑いを持たれていた。捜査官は、別件で両者が身柄を拘束されている間に、Cの部屋の鍵を無断で使用し、Cの部屋の中に盗聴器を仕掛けた。その後、一旦CとJは釈放されたが、Cの部屋での盗聴証拠をもとに、次は強盗の共謀の罪で逮捕された。

裁判所は、証拠を許容することは可能であるとして、被告人らに有罪を言い渡した¹⁵³。さらに、裁判所は、証拠が排除されるのは、①被告人から獲得された自白、②犯行後に被告人から獲得された自白以外の証拠の二種類であり、その獲得手法として③おとり捜査によって獲得された場合、④証拠の性質に影響を与える場合に限られるとの判断を下した¹⁵⁴。

上記の④においては、捜査手法に着目することが示されているものの、捜査の違法が証拠排除に直結する（もしくは、捜査の違法性の程度に応じて、証拠排除を検討する）のではなく、証拠の性質に影響を与える場合、つまり、証拠の信用性が失われるような場合にのみ証拠排除をするという考え方であるといつてよい。

(b)物的証拠に関する判例　前述の供述証拠に関する判例と同様に、物的証拠についても、証拠の信用性を重要視することを示したのが1995年のコーク・ケース控訴院判決¹⁵⁵である。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁵⁶。1990年に強姦事件が発生し、被害者の衣服から精液が検出され、それをもとにDNA型鑑定が行われた。被告人は、血液や唾液の提出を拒み、毛髪の提出には応じたが、DNA型鑑定を行うには不十分なものであった。その後、1991年に、別の事件で逮捕された被告人は、同意の上で毛髪を提出したが、それは当該事件にのみ使用されるものと思っていた。しかし、その毛髪は、1990年の強姦事件の捜査に使用され、DNA型が類似していることが判明した。そのことにより、被告人は強姦事件でも逮捕され、さらなる検査のために、強制的に毛髪を採取された。その毛髪を使用して検査したところ、強姦事件の精液とDNA型が一致することが確認された。その結果、被告人は強姦および誘拐の罪で有罪とされた。被告人はこのように違法に獲得された毛髪を証拠として使用することは許されないと異議を申し立てた。

¹⁵¹ *R v. Chalkley & Jeffries*, [1998] 2 All ER 155.

¹⁵² *R v. Chalkley & Jeffries*, [1998] 2 All ER 155, 159-161.

¹⁵³ *R v. Chalkley & Jeffries*, [1998] 2 All ER 155, 155.

¹⁵⁴ *R v. Chalkley & Jeffries*, [1998] 2 All ER 155, 174-180.

¹⁵⁵ *R v. Cooke*, [1995] 1 Cr App R 318.

¹⁵⁶ *R v. Cooke*, [1995] 1 Cr App R 318, 318-319.

この点について、控訴院は以下のように述べた¹⁵⁷。「裁判所がこのような証拠を許容できないと判断を下すケースの大部分は、1984年警察・刑事証拠法の実務規範に反して、被告人から自白が獲得されたと申し立てられているケースである」。そして、本件において、DNA証拠は被害者と被告人が性的な関係をもったという非常に強い証拠となるのであり、この証拠の獲得手法の違法が、証拠の正確さや証拠の強さに影響を与えることはなく、真実性が問題となる自白のケースとは異なるとの判断が下された。

ここでも、前述のマクグラッドリガン・ケース高等法院女王座裁判所判決およびゴッドウィン・ケース高等法院女王座裁判所判決とは異なり、捜査手法の違法が証拠の質に影響を与えることはなく、その証拠の信用性の高さを根拠に、証拠を排除しなかったものといえる。

4 小括

コモンロー時代における違法収集証拠排除は、①信用性が欠ける場合と、②黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害し「被告人から」証拠が獲得された場合とに限定されていた。しかし、1984年警察・刑事証拠法78条では、「証拠が獲得された状況」が考慮要素として掲げられ、証拠排除の対象が、被告人から獲得された証拠に限定しないことが明示された。学説においても、同法はコモンロー時代の違法収集証拠の排除権限を拡大する目的を有していたものとして一般的に理解されていた。ただ、この当時の判例は、同法78条はコモンロー時代の違法収集証拠の排除権限と同様のもので、拡大傾向を有していないとの判断を下していた。

まず、判例における公正さの判断基準に目を向けてみると、裁判官は、①証拠が獲得された全ての状況を考慮し、②当該証拠を許容することが「手続の公正さ」に有害な影響を与えるかを検討していた。さらに、「公正さ」の概念については、被告人のみにとっての「公正」ではなく、被告人の利益と訴追側の利益との考慮する必要があるとの判断を下していた。

次に、具体的に、1984年警察・刑事証拠法下での判例の動向を見てみると、次章で取り扱う人権法が制定される1998年までの約15年間を、前半期と後半期に分類することができる。すなわち、捜査手法に着目する前半期と証拠の信用性に着目する後半期である。

前半期のエイチ・ケース刑事法院判決やイーレン&カツ・ケース控訴院判決は、確かに、信用性の欠如する証拠および自己負罪拒否特権を侵害する手法で獲得された証拠を排除するコモンロー時代のルールからも説明が可能な事例であると見ることできる。しかし、両判例の表現からは、罨という捜査手法への着目が見受けられる。さらに、マクグラッドリガン・ケース高等法院女王座裁判所判決およびゴッドウィン・ケース高等法院女王座裁判所判決では、信用性があり、自己負罪拒否特権を侵害する捜査手法が取られたと窺われる事情が存在しないにもかかわらず、証拠が排除されており、警察の捜査手法に着目した判断が行われていることが分かる。

後半期のベイリー・ケース控訴院判決やチョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決において用いられた捜査手法は、前述の会話の一方当事者の許可を得て盗聴が行われたエ

¹⁵⁷ *R v. Cooke*, [1995] 1 Cr App R 318, 319-320.

イチ・ケース刑事法院判決やイーレン&カツ・ケース控訴院判決よりも、軽微なものであるとはいえないと思われる。しかし、両判決では、警察の捜査に対する非難は加えられず、証拠の許容性も認められた。このことから、両判決は捜査手法の違法性には着目しておらず、それ以外の点を重視していることがわかる。そして、ヨーク・ケース控訴院判決は、違法捜査によって得られた自白と違法捜査によって得られた物的証拠では、当該証拠の信用性に与える影響が異なることに言及し、違法に得られた物的証拠の証拠能力を認めた。ここで、後半期には、証拠の信用性を重視して、違法収集証拠の排除に関する判断が行われていたことが明らかとなった。

結局のところ、1984年警察・刑事証拠法制定時に期待されたほどの拡大傾向は見られず、コモンローと1984年警察・刑事証拠法78条の運用には、わずかな違いしか存在せず、いずれも限定的なものであったといえる¹⁵⁸。本来、「公正さ」という概念は、必ずしも明瞭なものではなく、裁判官の主観的な判断を含むものである¹⁵⁹。そのため、広く解することも、狭く解することも可能なはずであるが、捜査の対象者の権利を保護するためには使用されないことが通例とされていたのである¹⁶⁰。

三 1998年人権法（欧州人権条約）時代の違法収集証拠排除

近時、欧州人権条約、そして後に同条約の国内法化を目的とした1998年人権法の制定によって、違法収集証拠の排除基準とされる「公正さ」の解釈について、新たな検討の必要性が高まっており、イギリスにおいて違法収集証拠排除に関する議論は、今なお活発である。

1 1998年人権法の目的および役割

2000年10月に施行された1998年人権法（Human Rights Act 1998）は、欧州人権条約（The European Convention on Human Rights）に、イギリス国内への直接的な法的強制力を持たせることを目的として制定された¹⁶¹。同法は、欧州人権条約において定められた権利が侵害され、その権利侵害の主体が公的機関である場合に適用される。そして、公的機関が欧州人権条約において定められた権利と矛盾する行為をした場合には、これを違法とすると定め（1998年人権法6条1・3項）、当該被害者に裁判所等への提訴といった訴訟手続において、欧州人権条約に定められる権利を援用することも認めている（同法7条1・3項）。また、国内裁判所は、条約上の権利に関する問題を判断する際に、欧州人権裁判所の判決等を考慮に入れる必要がある（同法2条1項）、すべての法律は、可能な限り、欧州人権条約

¹⁵⁸ Martin Hannibal, Lisa Mountford, *The Law of Criminal and Civil Evidence* (2002), at pp. 57-83.

¹⁵⁹ Martin Hannibal, Lisa Mountford, op. cit. n. 158, at p. 83.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Andrew L. -T. Choo, "England and Wales: Fair Trial Analysis and Presumed Admissibility of Physical Evidence", *Exclusionary Rules in Comparative Law*, 331, (Stephen C. Thaman, 2013), at p. 332; Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*(2013), at p. 1818. イギリスは国際法に対して、二元論の立場を採るため、条約は批准しただけでは国内法とはならず、国内に効力を及ぼさないものとされている。

において定められた権利と適合的に解釈されなければならないとされる（同法 3 条 1 項）。

1998 年人権法を通して、欧州人権条約は、イギリス国内の法解釈全体に影響を及ぼしており、なかでも証拠法の分野において大きな意味を有している¹⁶²。すなわち、1984 年警察・刑事証拠法 78 条における「公正さ」の概念について、欧州人権条約 6 条で保障される「公正な裁判を受ける権利」との適合的な解釈および、この点についての欧州人権裁判所判例との整合性が求められるようになったのである。

2 「公正な裁判を受ける権利」の保障内容

(1) 欧州人権条約 6 条で保障される権利の概要

欧州人権条約 6 条は、1 項において、公正な裁判を受ける一般的な権利を定め、同 2 項において、推定無罪の原則を定める。さらに、同 3 項において、刑事上の罪に問われているすべての者が有する最低限の権利（*minimum rights*）を規定する。3 項において列挙されている権利は、1 項における一般的な権利の具体的側面であって、包括的な権利を定めるものではない¹⁶³。それゆえ、弁護人による防禦など 3 項の権利が保障されていることをもって、1 項の公正な裁判を受ける一般的な権利が満たされていると即断することはできないと考えられている¹⁶⁴。

欧州人権条約 6 条の規定は、以下の通りである¹⁶⁵。

第 6 条 1 項

すべての者は、その民事上の権利および義務の決定又は刑事上の罪の決定のため、法律で設置された、独立のかつ、公平な裁判所による妥当な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する。判決は、公開で言い渡される。ただし、報道機関及び公衆に対しては、民主的社会における道徳、公の秩序若しくは国の安全のため、また、少年の利益若しくは当事者の私生活の保護のため必要な場合において又はその公開が司法の利益を害することとなる特別な状況において裁判所が真に必要なであると認める限度で、裁判の全部または一部を公開しないことができる。

第 6 条 2 項

刑事上の罪に問われているすべてのものは、法律に基づいて有罪とされるまでは、無罪と推定される。

第 6 条 3 項

刑事上の罪に問われているすべての者は、少なくとも次の権利を有する。(a) 速やかにその理解する言語でかつ詳細にその罪の性質及び理由を告げられること。(b) 防禦の準備のために十分な時間及び便益を

¹⁶² Andrew L. -T. Choo, Susan Nash, “Evidence law in England and Wales: The impact of the Human Rights Act 1998” (2003) 7 E & P 31, at p. 31-32.

¹⁶³ Archbold, *op. cit.* n. 332, at p. 1838-1839

¹⁶⁴ Archbold, *op. cit.* n. 332, at p. 1838-1839

¹⁶⁵ 欧州人権条約の訳出にあたっては、薬師寺公夫ほか編『ベーシック条約集』（東信堂、2017）岩沢雄司編『国際条約集』（有斐閣、2018）を参照した。

与えられること。(c) 直接に又は自ら選任する弁護人を通じて、防御すること。弁護人に対する十分な支払い手段を有しないときは、司法の利益のために必要な場合には無料で弁護人を付されること。(d) 自己に不利益な証人を尋問し又はこれに対し尋問させること並びに自己に不利益な証人と同じ条件で自己のための証人の出席及びこれに対する尋問を求めること。(e) 裁判所において使用される言語を理解し又は話すことができない場合には、無料で通訳の援助を受けること。

(2) 「公正な裁判を受ける権利」の適用範囲

ここでは、欧州人権条約 6 条で保障される「公正な裁判を受ける権利」が侵害されたかの判断において、公益を考慮することが許されるのかという問題を取り扱う。そして、次節では、より具体的に、違法に獲得された（特に、同条約 3 条および 8 条に違反して獲得された）証拠を使用することが、同条約 6 条で保障される「公正な裁判を受ける権利」を侵害することになるのかについてみてみたい。

後述の通り、公正な裁判を受ける権利は、「強い権利」であるとされ、公益による権利の制限は受けないものとして規定され、一般的にもそのように解されていた¹⁶⁶。欧州人権裁判所は、同権利が侵害されたかの判断において、公益を考慮要素としていないのであろうか。以下では、ある条文の規定や訴訟手続・捜査手法などが同権利を侵害していないかについて、公益との関係で争われた事例に目を向ける。

(a) 公益を考慮要素としない判例 欧州人権裁判所の判例の動向をみると、犯人の処罰といった公益が認められる場合であっても、公正な裁判を受ける権利を侵害するような条文の規定方法や捜査手法を採ることを一貫して認めない立場が維持されてきた。

(ア) サーンダース・ケース判決 重大犯罪に関して、公正な裁判を受ける権利の適用範囲を示した代表的な判例が、1996 年のサーンダース・ケース判決¹⁶⁷である。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁶⁸。本件の申立人は、1981 年にイギリスの大手酒造メーカーであるギネス社の当時の経営責任者に就任した。1986 年にギネス社は、D 社の買収をめぐる、A 社と競合状態にあった。ギネス社が D 社を買収することに決まったが、その取引の過程に関して、通商産業省の調査官による調査が行われた。申立人は、通商産業省調査官に与えられている法定の強制権限によって供述が獲得されたのであり、それが刑事裁判において証拠として使用されることは、欧州人権条約 6 条で保障される公正な裁判を受ける権利に反するとの異議を申し立てた。

その点に関して、イギリス政府は、法人詐欺の複雑性、捜査における公益、処罰の必要性は公正な裁判を受ける権利の一つから逸脱することを正当化しようと主張した。

¹⁶⁶ Andrew Ashworth “The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in the Strasbourg Jurisprudence”, *Criminal Evidence and Human Rights* (Paul Roberts and Jill Hunter, 2012), 145, at p. 150-152.

¹⁶⁷ *Saunders v. United Kingdom* [1996] 23 EHRR 313.

¹⁶⁸ *Saunders v. United Kingdom* [1996] 23 EHRR 313, [14]-[29].

それに対して、裁判所は、「黙秘権の保障を含む 6 条の公正な裁判を受ける権利の必要性は、犯罪が複雑であるか単純であるかを問わず、すべての種類の犯罪に認められる。公益は、刑事手続で被告人を有罪とする目的で行われた非司法の調査において、強制的に獲得された供述証拠の使用を正当化するために、使用することはできない¹⁶⁹」と判示した。

本件において、通商産業省調査官による法定された権限によって、供述が強制されたものであり、そのような 6 条で黙示的に保障される黙秘権を侵害するような手法は、いくら犯人処罰の必要性が高い重大犯罪であっても許されないことが明示された。

(イ) テシェラ=デ=カストロ・ケース判決

薬物犯罪に関して、公正な裁判を受ける権利の適用範囲を明確に示したのが、テシェラ・ケース判決¹⁷⁰である。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁷¹。ポルトガルにおいて、2名の私服警察官が違法薬物の取引に関与している疑いのある者に、買い付け人を装って声をかけ、ヘロインの購入を持ちかけた。薬物取引関与の疑いのある者は、申立人であればヘロインを調達することができると伝えた。そこで、私服警察官と薬物取引関与の疑いのある者は、申立人の住居に赴き、ヘロイン購入の意思を伝えたところ、彼はこの申出に応じた。申立人は捜査官にヘロインを渡したところを逮捕された。なお、申立人には、もともと麻薬取引の犯意があったかどうかは明らかではなく、前科は存在しなかった。申立人は、欧州人権条約 6 条 1 項に基づき、当該犯罪を駆り立てるように仕向けた 2 名の私服警察官の供述が主な有罪証拠となっているため、公正な裁判を受ける権利に反すると主張した。また、同条約 3 条（拷問の禁止）および 8 条（プライバシーの保障）違反も存在するとの主張も加えて行った。ポルトガル政府は、法の執行の先行的手法（*proactive methods*）が、薬物売買の撲滅にとって不可欠であると主張した。

これに対して、欧州人権裁判所は、以下のように述べ、公正な裁判を受ける権利の重要性を再確認した¹⁷²。欧州人権条約「6 条において具体化されている公正さの基本的な要求は、単純なものから、複雑なものまで、すべてのタイプの刑法犯に関する手続に適用されるものである。公益を理由に、警察が強制によって獲得した証拠の使用を正当化することはできない」。

本件において、おとり捜査を実施することが薬物犯罪を事前に防止するためには有益な手法であるとしても、そのような捜査手法を行うことは、同条約 6 条に反することが確認された。

(ウ) ヒーニー&マクギネス・ケース判決

¹⁶⁹ *Saunders v. United Kingdom* [1996] 23 EHRR 313, [74]. なお、わが国においても、いわゆる川崎民商事件判決（最判昭和 47 年 11 月 22 日刑集 26 卷 9 号 554 頁）においても、この点が争われていた。

¹⁷⁰ *Teixeira de castro v. Portugal* [1998] 28 EHRR 101.

¹⁷¹ *Teixeira de castro v. Portugal* [1998] 28 EHRR 101, [9]-[12]. 本判決を詳細に検討したものとして、宮木康博「イギリスにおけるおとり捜査の判断基準と法的効果（1）」東洋法学 51 卷 1 号（2007）25 頁以下。

¹⁷² *Teixeira de castro v. Portugal* [1998] 28 EHRR 101, [36].

テロ事件に関して、公正な裁判を受ける権利の適用範囲を示したのが、2000年のヒーニー&マクギネス・ケース判決¹⁷³である。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁷⁴。申立人らは、イギリス軍検問所における爆破事件に関与したとして逮捕された。その際、申立人らは、1939年国家犯罪法 52 条に基づいて、ある一定期間の行動について説明するように求められたが、これを拒んだ。そのため、申立人らは、同法 52 条に違反したとして、有罪とされた。申立人らは、同法 52 条の規定は、黙秘権を侵害するものであり、欧州人権条約 6 条に反するとして異議を申し立てた。本件は、アイルランドの独立に関するテロ活動への対策を定めた同法に反したものであったことから、イギリス政府は高い公益性を根拠に、テロリストの攻撃から市民を守るためには、黙秘権を制限することも正当化されることがあるとの主張を行った。

欧州人権裁判所は、「政府の安全や治安に関する懸念は、条約 6 条によって保障される黙秘権・自己負罪拒否特権など、極めて本質的な申立人の権利を奪う行為を正当化することができない」と判示し、本件のような公益性の高いテロ犯罪のためであっても、黙秘権を制限することは同条約 6 条 1 項および 2 項違反であるとした¹⁷⁵。

本件において、テロ対策という非常に公益の高い目的であるとはいえ、一定期間の行動について説明する義務を課し、それに反すれば処罰するとの規定を置くことは、欧州人権条約 6 条で保障される黙秘権を侵害するものであることが明らかとなった。

このように 2000 年頃まで、裁判所は公正な裁判を受ける権利の侵害が公益により正当化されることはないとの立場を一貫して守り続けていた。そこからは、公正な裁判を受ける権利をどのような犯罪にも等しく適用できるものと位置付け、容易にその例外を認めない欧州人権裁判所の姿勢を読み取ることができる¹⁷⁶。すなわち、公正な裁判を受ける権利が侵害されたか否かの判断において公益を考慮要素としない、公益が認められるとしても公正な裁判を受ける権利が制約されることはないことが明らかとされていたのである。

(b)公益を考慮要素に含める余地を認めた判例 2000 年以降、欧州人権条約 6 条で保障される公正な裁判を受ける権利が侵害されたか否かの判断において、公益を考慮要素とする余地を認めるかのような判例が見られるようになる¹⁷⁷。

(ア)オハロラン&フランシス・ケース判決 公正な裁判を受ける権利が公益による制限を受ける可能性を示したものがオハロラン&フランシス・ケース判決¹⁷⁸である。

本件の事実概要は、次の通りである¹⁷⁹。本件の申立人は、自動車の運転に際して、警察官の身元確認の要求に応じなかったところ、1998 年道路交通法 172 条 3 項に基づき、罰金と

¹⁷³ *Heaney and McGuinness v. Ireland* [2001] 33 EHHR 12.

¹⁷⁴ *Heaney and McGuinness v. Ireland* [2001] 33 EHHR 12, [8]-[17].

¹⁷⁵ *Heaney and McGuinness v. Ireland* [2001] 33 EHHR 12, [58].

¹⁷⁶ Ashworth, op. cit. n. 166, at p. 150-152.

¹⁷⁷ Ashworth, op. cit. n. 166, at p. 150-152; Laura Hoyano, “What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial”, (2014) *Crimi L. R.*, 4, at p. 7.

¹⁷⁸ *O’Halloran and Francis v. United Kingdom* [2008] 46 EHRR 407.

¹⁷⁹ *O’Halloran and Francis v. United Kingdom* [2008] 46 EHRR 407, [9]-[24].

交通反則点の加対象とされた。申立人は、このように身元確認の要求に応じる義務を課すことは、欧州人権条約 6 条において保障される黙秘権の保障に反すると異議を申し立てた。

欧州人権裁判所は、以下の三点を考慮して、1998 年道路交通法の規定は、黙秘権などの申立人の権利を侵害していないと判示した¹⁸⁰。

①道路の安全を確保するために、自動車の所有者・運転者に適正に義務を課す行政規制の一環であること。②そこで義務として要求される情報は、広範囲にわたる質問への回答ではなく、事故の際に誰が運転していたかという限定されたものであること。③当該問題となっている罪は、悪意のない自動車の所有者には刑事上の義務を避けることができるように、相当の義務履行の抗弁の条項によって、調整が図られていること。

このように規制目的や制限される権利の重要度が低いことなどを考慮することは、公益を考慮して、公正な裁判を受ける権利の侵害の有無を判断しているといえる。すなわち、規制目的が妥当なものであり、そこで制限される権利の重要度が低いことを根拠に、公正な裁判を受ける権利が制約されることを認めようとするのである。

(イ)ジャロー・ケース判決 後述する 2007 年のジャロー・ケース判決¹⁸¹においても、6 条の適用範囲について、オハロラン&フランシス・ケース判決と同様に、公正な裁判を受ける権利が制約される場合があることを認めている。

ジャロー・ケース判決は、体内に証拠物を獲得するために吐剤を使用した点について、欧州人権条約 3 条および 6 条違反を認定しつつも、「申立人の自己負罪拒否特権が侵害されたかを検討する際には、証拠獲得のために使われた強制の性質や程度、争いとなっている犯罪の捜査・処罰に対する公益の大きさなどを考慮する必要がある。公益については、本件で取引された薬物は少量であり、最終的にも 6 カ月の懲役を受ける程度の軽微なものであった。……本件のようなケースでは、申立人を処罰するという公益の大きさによって、申立人の肉体的・精神的な完全性の侵害を正当化することはできない¹⁸²」と判示した。

ここでは、公益によって 6 条の権利が制約されることを実際に認めたわけではないが、少なくとも、公益を考慮する必要性を明示している。また、そこでは、犯罪が軽微な本件では権利の制約を正当化できないという理由付けを行っており、重大な事案であれば、権利の一定の制約を認める余地が残されているように解することもできよう。したがって、ハロラン&フランシス・ケース判決およびジャロー・ケース判決の理解を前提とすれば、公正な裁判を受ける権利が侵害されたか否かの判断において、公益を考慮要素とすることは可能であり、犯人処罰という公益が存在するケースでは、公正な裁判を受ける権利が制約されることも認めるものであろう¹⁸³。これは、従来判例の流れとは異なるものと評価できる。

(c)「厳格な必要性」を要求する事例 公正な裁判を受ける権利が侵害されたか否かの

¹⁸⁰ *O'Halloran and Francis v. United Kingdom* [2008] 46 EHRR 407, [62].

¹⁸¹ *Jalloh v. Germany*[2007] 44 EHRR 32.

¹⁸² *Jalloh v. Germany*[2007] 44 EHRR 32, [117]-[119].

¹⁸³ Ashworth, *op. cit.* n. 166, at p. 152.

判断において、公益を考慮要素とすることを認めた上で、さらに「厳格な必要性」を要求する判例がみられる。

(ア)ロウ&デイビス・ケース判決 欧州人権条約 6 条 3 項で保障される権利を侵害した証拠の許容性が争点とされ、そこで「厳格な必要性」が要求されたのが、ロウ&デイビス・ケース判決¹⁸⁴である。

本件の事実概要は、次の通りである。申立人は、イギリス中央刑事裁判所 (the Criminal Central Court) において、殺人罪などで有罪とされ、長期の自由刑を言い渡された。これに対する申立人の控訴・上告は棄却されたが、最終的に、刑事裁判検討委員会 (the Criminal Cases Review Commission) によって、控訴院に差し戻された。ここでは、刑事手続において、弁護側から請求された証拠を検察側が開示しなかったことが争点となった。この点につき、弁護側は、欧州人権条約 6 条 1 項および同条 3 項を根拠に、公正な裁判を受ける権利が保障されていなかったと異議を申し立てた。

欧州人権裁判所は、まず、6 条 3 項で保障される権利について、同条 1 項の公正な裁判を受ける権利の特別な側面であるため、手続が全体として公正か否かという観点に限定して検討を加え、要旨、以下のように述べた¹⁸⁵。

公正な裁判を受ける権利の基本的な側面は、刑事手続が当事者対立的 (adversarial) であること、検察と弁護の武器が対等 (equality of arms) であることである。それに加えて、6 条 1 項は、検察側に対して、被告人に有利か不利かを問わず、すべての証拠を開示することも要求している。しかし、実際に、いくらかのケースでは、他の個人の基本権を守るため、もしくは、公益の重要性を守るために、弁護側に証拠を開示しない必要性が生じる。そのような被疑者の権利に制約を加える手法は、厳格な必要性 (strictly necessary) があれば、6 条の公正な裁判を受ける権利のもとでも、認めることができる。ただし、制限を認めるとしても、被疑者の公正な裁判を確保するため、司法権は手続のなかで十分な埋め合わせをしなければならない。

(イ)ピーエス・ケース判決 次に、6 条 3 項で保障される反対尋問権が保障されていない証拠の許容性について争われ、そこで「厳格な必要性」が要求されたのが、ピーエス・ケース判決¹⁸⁶である。

本件の事実概要は、次の通りである。本件の申立人は、八歳の女兒に対する性的虐待の罪で有罪判決を受けた。第一審のキュンツェルザウ地方裁判所 (the Künzelsau District Court) においては、①女兒の母による女兒の事件についての説明に関する供述、②女兒を取り調べた警察官により獲得された証拠を採用し、女兒の母が尋問において女兒が事件を思い出し苦しむことを懸念していたため、女兒への尋問は行われなかった。控訴審であるハイルブロン地方裁判所 (the Heilbronn Regional Court) は、証拠の採用において女兒の証言がないことは深刻な欠点であることを考慮し、虐待後 18 カ月経過した供述の信ぴょう性について、

¹⁸⁴ *Rowe and Davis v. the United Kingdom* [2000] 30 EHRR 1.

¹⁸⁵ *Rowe and Davis v. the United Kingdom* [2000] 30 EHRR 1,[4]-[23].

¹⁸⁶ *P. S. v. Germany* [2003] 36 EHRR 61.

専門家に鑑定を行わせた。しかし、控訴審においても、女兒に対する尋問は行われず、被告人の控訴は棄却された。その後、被告人は、シュトゥットガルト控訴裁判所（the Stuttgart Court of Appeal）、次いで連邦憲法裁判所（the Federal Constitutional Court）に上訴したが、いずれも棄却された。被告人は、有罪判決は反対尋問の機会を与えられていない証人による供述を根拠としており、6条3項に反するとして異議を申し立てた。

欧州人権裁判所は、反対尋問の機会を与えられない証人による供述については、以下のよう
に判示した¹⁸⁷。すなわち、すべての証拠は通常は対立者との議論を目的として公の審理で
提出される。一般的な法則として、申立人は証人に対して、異議や質問をする十分で適切な
機会を与えられなければならない。公正な裁判の原則は、申立人の利益と、証人に呼ばれた
証人や被害者の利益、または、8条の範囲内から生じる利益とのバランスを保つことが要求
される。しかし、そのような申立人の権利の制限は、厳格な必要性を満たせば、6条の権利
のもとでも認められる。

(d) 欧州人権裁判所の理解 このように証拠開示が争点となったロウ&デビス・ケース
判決においても、反対尋問権の保障が争点となったピーエス・ケース判決においても、公正
な裁判を受ける権利の制限を認めつつも、その際には「厳格な必要性」が要求された。とい
うのも、証拠開示および反対尋問権に反する証拠は、その違反を公判において解決すべきで
あるという点が考慮されているのであろう。また、公正な裁判を受ける権利が公益によって
不当に制約されないように、「厳格な必要性」を要求することによって、真実発見と被告人
の権利保障という両者の調整を図っていると考えられる。

公正な裁判を受ける権利の制限は、次の付加的な条件を満たした場合にのみ、6条におい
ても適用が可能であるとされている¹⁸⁸。すなわち、①制限は、達成しようとする適切な目的
に合理的に比例していること、②裁判所は権利を制限した当事者の利益を保護するために、
十分な埋め合わせの措置を取ること¹⁸⁹、③制限によって、当事者の公正な裁判を受ける権利
の本質的な部分を損なわないこと¹⁹⁰である。比例性の原則の適用および、三つの付加的な条
件は6条については一般的に適用されているが¹⁹¹、他の権利との関係についても適用され
ている¹⁹²。

¹⁸⁷ *P. S. v. Germany* [2003] 36 EHRR 61, [8]-[15].

¹⁸⁸ Hoyano op. cit. n. 177, at p. 11.

¹⁸⁹ *Doorson v. Netherlands* [1996] 22 EHRR 330; *Rowe* [2000] 30 EHRR 1; *Jasper v. United Kingdom* [2000] 30 EHRR 441; *A v. United Kingdom* [2009] 49 EHRR 29.

¹⁹⁰ *Ashingdane v. United Kingdom* [1985] 7 EHRR 528; *Tinnelly & Sons Ltd v. United Kingdom* [1999] 27 EHRR 249; *O'Halloran v. United Kingdom* [2008] 46 EHRR 21; *Kennedy* [2011] 52 EHRR 4; *Rowe* [2000] 30 EHRR 1; *Jalloh* [2007] 44 EHRR 32.

¹⁹¹ *Doorson* [1996] 22 EHRR 330; *Unterpertinger v. Austria* [1991] 13 EHRR 175; *Windisch v. Austria* [1991] 13 EHRR 281; *Othman v. United Kingdom* [2012] 55 EHRR 1.

¹⁹² 5条(3)との関係については、*Brogan v. United Kingdom* [1987] 9 EHRR CD 378; *Stephens v. Malta* [2010] 50 EHRR 8. 11条との関係については、*Demir v. Turkey* [2009] 48 EHRR 54. 12条との関係については、*Rees v. United Kingdom* [1987] 9 EHRR 56; *O'Donoghue v. United Kingdom* [2011] 53 EHRR 1.

3 欧州人権条約裁判所における判例の動向

(1) 証拠の許容性に関する判断

第二節では、欧州人権条約 6 条で保障される権利を侵害するか否かの判断基準、すなわち、同条約 6 条の範囲内の問題を取り扱ってきた。第 3 節では、同条約 3 条（拷問の禁止）および 8 条（プライバシーの保障）で定められる権利に反して獲得された証拠を使用することが、同条約 6 条で保障される公正な裁判を受ける権利を侵害するののかという、3 条および 8 条と 6 条との関係について検討する。

欧州人権裁判所において、違法に獲得された証拠が問題とされるのは、主に①プライバシーを侵害（条約 8 条¹⁹³に反する捜査手法）して証拠が獲得されたケース、②拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取扱い（条約 3 条¹⁹⁴に反する捜査手法）によって証拠が獲得されたケースである。

これら各証拠の証拠としての許容性に関して、欧州人権裁判所では、証拠が公正に使用されているかという点から判断が加えられる¹⁹⁵。すなわち、証拠の許容性についての判断は下さず、もっぱら欧州人権条約 6 条 1 項で保障される公正な裁判を受ける権利を侵害したかどうかという判断のみを行うのである。この点につき、シェンク・ケース判決は「条約 6 条は公正な裁判を受ける権利を保障するが、国内法における規制のように証拠の許容性について何らの定めも置いていない¹⁹⁶」と判示し、また、ゲーフゲン・ケース判決は、「原則として個々の証拠が許容されるかどうかを決定する役割を裁判所は有していない。裁判所が答えなければならない問題は、証拠の獲得手法を含めた全体としての手続が公正だったかどうかである¹⁹⁷」と判示しており、これらの見解は一般的なものとなっている¹⁹⁸。

(2) プライバシー（同条約 8 条）に関する事例

欧州人権条約 8 条で保障されるプライバシーを侵害して獲得された証拠を許容することが、同条約 6 条で保障される公正な裁判を受ける権利を侵害することになるのか、両者

¹⁹³ 欧州人権条約 8 条は次の通りである。

第 8 条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）

1 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。

2 この権利の行使については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

¹⁹⁴ 欧州人権条約 3 条は次の通りである。

第 3 条（拷問の禁止）

何人も、拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない。

¹⁹⁵ F. Pinar Olcer, “The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Article 6 of the European Convention of Human Rights”, *Exclusionary Rules in Comparative Law*, (Stephen C. Thaman, 2013) 371, at p.373; Archbold, op. cit. n. 6, at p.1841-1842; Hoyano, op. cit. n. 17, at p. 7.

¹⁹⁶ *Schenk v. Switzerland* (1991), 13 EHRR 1342, [46].

¹⁹⁷ *Gafgen v. Germany* (2011), 52 EHRR 1, [163].

¹⁹⁸ Olcer, op. cit. n. 195, at p. 373.

の関係について争点となった事例を以下では紹介する。

(a)カーン・ケース判決 欧州人権条約 8 条で保障されるプライバシーを侵害して獲得された証拠について争われた代表的な判例が、カーン・ケース判決¹⁹⁹である。

本件の事実概要は、次の通りである²⁰⁰。申立人は、パキスタンからイギリスに到着後、警察官から違法薬物輸入に関しての取調べを受けた。その際、違法薬物輸入の犯行を否認し、供述を拒んだ。その結果、申立人は起訴されず、釈放された。数か月後、申立人は、大規模な薬物の売買に関与しているとの容疑がかかった者の自宅を訪問した。警察は、薬物売買関与の疑いのある者の家屋の外壁に、居住者・所有者の許可なしに、盗聴器を取り付けた。申立人と薬物売買関与の疑いのある者との会話は録音され、その中で、ヘロインの輸入に関与している旨を述べていたことから、申立人は薬物輸入の罪で逮捕・起訴された。

欧州人権裁判所は、当時のイギリスには、盗聴器の使用を規制する法律が存在しなかったため²⁰¹、本件において、欧州人権条約 8 条 2 項が要求する「公の機関による権利の干渉は法律に基づくこと」という点が満たされていなかったことを根拠に、同条約 8 条違反が存在すると結論付けた²⁰²。

その上で、そのような証拠を許容することが、公正な裁判を受ける権利を害するか否かに関しては、以下のように判示した²⁰³。

第一に、欧州人権条約 6 条は公正な裁判を受ける権利を保障しているが、これは証拠の許容性に関するいかなるルールをも犠牲にするものではなく、証拠の許容性は、そもそも国内法の規制の問題であること。例えば、違法に獲得された証拠のように特定の証拠を許容することができるか否か、もしくは、申立人の有罪・無罪を判断する役割を裁判所は有しておらず、裁判所が答えなければならない問題は、証拠の獲得手法を含めて、手続が全体として公正かどうかであるとする。

第二に、争点となっている録音証拠の許容性について、申立人が録音の信用性およびその使用について、異議を申し立てる十分な機会とは与えられていたこと。申立人は、録音証拠の使用について、予備審問 (voire dire) において異議を申し立て、控訴院および貴族院においても争うことが可能であったのであるから、各段階で申し立てを認められなかったという事実は、結論に影響を与えていない。そして、そのような状況下で、録音証拠を裁判で使用することは、欧州人権条約 6 条 1 項で保障される公正さの要求と矛盾しないとされた。

しかし、公正な裁判を受ける権利についての判示部分に対しては、以下のようにルーカイデス判事による有力な反対意見が付された²⁰⁴。すなわち、「もし、ある者の有罪が同条約 8 条で保障される権利に違反して獲得されたものによって立証されるならば、6 条により義務

¹⁹⁹ *Khan v. UK* [2000] 31 EHRR 1016.

²⁰⁰ *Khan v. UK* [2000] 31 EHRR 1016,[9]-[15].

²⁰¹ 2000 年に、「捜査権限規制法 (The Regulation of Investigatory Power Act 2000)」が制定され、盗聴器の使用などに関する規制が設けられた。

²⁰² *Khan v. UK* [2000] 31 EHRR 1016,[34]-[40].

²⁰³ *Khan v. UK* [2000] 31 EHRR 1016,[o-I4]-[o-I7].

²⁰⁴ *Khan v. UK* [2000] 31 EHRR 1016.

づけられる公正な裁判であるとは考えられない。なぜなら、条約に相容れない方法で獲得された証拠を許容しないという義務がイギリスの裁判所には存在するからである」というものである。

(b)PG&JH ケース判決 PG&JH ケース判決の事実概要は、次の通りである²⁰⁵。申立人は、凶器を使った強盗の疑いをかけられていた。巡査長は口頭において、申立人の仲間とされる者の住居に盗聴器を取り付けることを許可していたが、盗聴器が仕掛けられるまで書面による許可を得る手続を採らなかった。この点が、1984年の内務省によるガイダンスに反しており、そのように獲得された証拠の使用は、公正な裁判を受ける権利を侵害するものであると申立人は異議を述べた。しかし、欧州人権裁判所は、国内裁判所において証拠の許容性が争点として審理が進められていたことを主たる根拠に挙げ、そのような状況下では、プライバシーを侵害して獲得された証拠を使用することが、公正な裁判を受ける権利を侵害するわけではないとの見解を示した²⁰⁶。

本判決でもタルケンズ判事による以下のような反対意見が付された²⁰⁷。すなわち、「条約によって保障される基本権に反して獲得された証拠が、裁判を通じて許容された場合、裁判が公正であるとして評価することができるとは私は考えない。裁判所はすでに強調する機会があったように、条約は、首尾一貫した統一体として解釈されなければならない。……6条違反が存在しなかった旨の結論を下したとき、裁判所は、8条を完全に無効な状態にする。条約において保障された権利は、実際的で効果的な権利が保障されるような方法で条約が解釈・適用されなければならないことから、単に理論上もしくは仮想の状態のままではあらずがない」というものである。

(c)アラン・ケース判決 アラン・ケース判決の事実概要は以下の通りである²⁰⁸。申立人は強盗の容疑で、共犯者と共に勾留中であつたが、警察官は申立人が殺人罪にも関与しているとの情報を得た。その情報をもとに、警察署長は承認された権限によって、申立人と共犯者が使用する独房や面会エリアに録音装置を取り付けた。そこでは、①刑務所の面会室での申立人と面会に来た友人との会話、②勾留されている独房内での共犯者との会話、③警察から要請を受けた情報提供者（申立人から情報を聞き出すことを目的に同じ房にいた）との会話が秘密録音されていた²⁰⁹。それによって、申立人は殺人罪で逮捕された。申立人は、このようにして録音された証拠の使用は、欧州人権条約8条および6条に違反するとして、異議を申し立てた。

裁判所は、証拠能力の有無について、①友人との会話、②共犯者との会話の録音と③情報

²⁰⁵ P. G. and J. H. v. United Kingdom [2002] Crim L. R. 308.

²⁰⁶ P. G. and J. H. v. United Kingdom [2002] Crim L. R. 308,[8]-[23].

²⁰⁷ P. G. and J. H. v. United Kingdom [2002] Crim L. R. 308,[0-13]-[0-111].

²⁰⁸ Allan v. United Kingdom [2002] 36 EHRR 12.

²⁰⁹ Allan v. United Kingdom [2002] 36 EHRR 12, [8]-[22].

提供者との会話の録音では、以下のように異なる判断を下した²¹⁰。

まず、①友人との会話、②共犯者との会話を録音し、証拠として使用することは6条の公正な裁判を受ける権利を侵害しないとされた²¹¹。すなわち、予備審問およびイギリス国内裁判所における各段階で、申立人は録音された証拠の信用性についての異議を申し立てる機会が確保されていたことを理由に6条に違反しないとしたのである。さらに、各段階では、証拠の許容性について、慎重な判断が下されていたことも、理由として挙げられている。

次に、③情報提供者との会話を録音し、証拠として使用することは6条の公正な裁判を受ける権利を侵害するとされた²¹²。というのも、本件では主要で決定的な証拠である申立人の自白は、自発的なものではなく、警察からの要請を受けた情報提供者の粘り強い働きかけによって導き出されたものであった²¹³。そのような手法は、正規の警察による取調べにおけるセーフガード（弁護人選任権・黙秘権の告知）を潜脱して、実質的な取調べが行われたのと同様であって、黙秘権が侵害されたのであるから、証拠を排除する必要があると判示した。

(d)欧州人権裁判所の判例法理 欧州人権裁判所は、欧州人権条約8条で保障されるプライバシーを侵害して獲得された証拠を許容することが、同条約6条で保障される公正な裁判を受ける権利を侵害するの点について、以下のような考え方を採っている。

(ア)分離テーゼの採用 欧州人権裁判所は、プライバシーを保障する欧州人権条約8条に違反して獲得された証拠の使用が、公正な裁判を受ける権利の侵害に直結することではなく、別個の問題であると一貫して考えている²¹⁴。いわゆる「分離テーゼ (the separation thesis) ²¹⁵」である。同テーゼの背後には、プライバシーを保障する同条約8条の権利を実質的に侵害することが、同条約6条による手続的な救済を生じさせることはないとの考え方がある²¹⁶。すなわち、プライバシー侵害を解決する適切な方法は、証拠排除という手続的な救済ではなく、損害賠償や量刑における減刑などプライバシー侵害を受けた者に対する実質的な救済手段によるべきであると考えられているのであろう²¹⁷。そして、同条約6条の「公正さ」という観点からは、証拠能力について異議を申し立てる機会が確保されていれば、権利は保障されているとするのである²¹⁸。

²¹⁰ *Allan v. United Kingdom* [2002] 36 EHRR 12,[48]-[52].

²¹¹ *Allan v. United Kingdom* [2002] 36 EHRR 12,[48].

²¹² *Allan v. United Kingdom* [2002] 36 EHRR 12, [52].

²¹³ なお、裁判所は、申立人とHとが特別な関係になかったこと、Hから申立人に対して直接的な強制がなかったことは事実であると認めたが、同じ房で数週間を共に過ごしたHとの間には、秘密を話すように説得されやすい状況があったことを根拠に、申立人の供述の自発性を侵害するような心理的強制下にあったとの評価を下している。ここでは、証拠の信用性が欠ける可能性があり、自己負罪拒否特権も侵害することにもなることに着目されていた可能性もあるように思われる。

²¹⁴ Ashworth, *op. cit.* n. 166, at p. 157; David Ormerod, “ECHR and the Exclusion of Evidence: Trial Remedies for Article 8 Breaches?”,(2012) *Crim L. R.* 61,at p. 66.

²¹⁵ Ashworth, *op. cit.* n. 166, at p. 157; A Ashworth, “Exploring the Integrity Principle in Evidence and Procedure”, *Essays for Colin Tapper*(P Mirfield, R Smith, 2003).

²¹⁶ Ormerod, *op. cit.* n.214, at p. 66.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

(イ)分離テーゼに対する反対意見 欧州人権裁判所が採用するいわゆる分離テーゼとは異なり、カーン・ケース判決および PG&JH ケース判決においては、反対意見が付されていた²¹⁹。反対意見を付した裁判官は、同条約 1 条において規定されている管轄内のすべての者に対して、条約上規定される権利を保障するという加盟国の義務を重視し²²⁰、条約で保障される権利に反して獲得された証拠によって裁判が行われれば、条約の構造が弱体化することになってしまうと考えている²²¹。より具体的にいえば、もし条約に違反して獲得された証拠を許容することが、必ずしも 6 条の要求する公正な裁判を受ける権利に違反しないとすれば、その結果として、条約の権利の効果的な保護は頓挫するのであって²²²、プライバシーを侵害して獲得した証拠を排除することは、プライバシー保護の観点からの当然の帰結であるとも考えることもできる²²³。そのように、反対意見の論者は、廉潔性の原則を排除法則の根拠として考えているものと思われる²²⁴。

(ウ)分離テーゼに対する評価 分離テーゼを支持する多数派の見解が主張する主な根拠として、主に以下の二点が挙げられるが、いずれも根拠としては不十分であると思われる。

第一に、証拠の許容性に関する判断は、あくまで国内法の問題であって、国内の裁判所において、その点を争点とする機会が保障されていることが、公正な裁判を受ける権利の中心的な部分であるとされている²²⁵。しかし、このような見解を強調しすぎると、各国内の裁判所において、証拠の許容性が争点とされていたかどうかという形式面ばかりが重視されることにつながり、欧州人権裁判所において、公正な裁判を受ける権利に関する異議が認められる余地が失われてしまう。実質的には、欧州人権条約で保障される権利を侵害する捜査手法が取られていた場合であっても、各国内の裁判所でその点に対する異議申立の機会さえ保障されていれば、欧州人権裁判所における異議も認められないことになるのである。そうであれば、欧州人権裁判所の存在意義が欠けることになりかねない。

第二に、裁判所によって採用された数ある証拠なかで、異議が申し立てられている証拠が限定的な役割しか果たさないのであれば、全体として裁判は公正であるとされている²²⁶。し

²¹⁹ さらに、このような反対意見の見解は、次第に力を増す傾向にあるといえる。バイコフ・ケース判決では、裁判所では 11 対 7 で意見が分かれ、ゲーブゲン・ケース判決では 11 対 6 で意見が分かれ、近年反対意見を支持する裁判官が増加しているのである。ここにおいても、法の原則に反する方法で獲得された証拠であれば、公正な裁判を維持することができないとする廉潔性の原則が重視されている。

²²⁰ 欧州人権条約 1 条において「締約国は、その管轄内にあるすべての者に対し、この条約の第一節に定義する権利及び自由を保障する」と規定される。

²²¹ Ashworth, *op. cit.* n. 166, at p. 156 - 157;

Andrew L-T Choo, “Investigatory Impropriety: Violations of European Convention on Human Rights and Undercover Police Operations”, *Evidence* (2012) 170, at p. 177.

²²² Ashworth, *op. cit.* n. 166, at p. 156 -157; Choo, *op. cit.* n. 221, at p. 177.

²²³ Ashworth, *op. cit.* n. 166, at p. 156 -157; Choo, *op. cit.* n. 221, at p. 177.

²²⁴ P. Roberts and A. Zuckerman, *Criminal Evidence*, 2nd edn (Oxford, 2010) 181- 91.

²²⁵ *Schenk v. Switzerland* [1991] 13 EHRR 242; *Bykov v. Russia* [2010] Crimi L. R. 413.

²²⁶ *Bykov v. Russia* [2010] Crimi L. R. 413.

かし、裁判所がこのような考慮を実際に行っているかどうかは疑問が残る。なぜなら、裁判所は、申立人を有罪とする唯一の証拠が違法に獲得された場合であっても、その証拠を許容することは、6条違反ではないとしているケースも存在するからである²²⁷。その他にも、異議が申し立てられている証拠が排除されることで、判決に影響を与える（合理的な疑いをこえる程度の立証に満たない）ような場合などが考えられるが、そのような場合であっても、限定的な役割しか果たしていないとの判断が下されるのであろうか。

（３） 拷問・非人道的取扱い等（同条約３条）に関する事例

欧州人権条約 3 条で保障される拷問および非人道的取扱い等の禁止に反して獲得された証拠を許容することが、公正な裁判を受ける権利を侵害することになるかみてみたい。

(a) ジャロー・ケース判決 欧州人権条約 3 条で保障される拷問の禁止および非人道的な取扱いの禁止が争点とされた代表的な判例が、ジャロー・ケース判決である²²⁸。

本件の事実概要は、次の通りである。申立人は、ドイツに居住する違法薬物の売人であった。私服警察官によって、違法薬物売買の現行犯として逮捕された。その際、申立人は、証拠の隠滅を図り、コカインの入った小袋を飲み込んだ。警察官らはその小袋を吐き出させるために、検察官の許可を得た上で、医師により、警察署内において 4 人の警察官が申立人を抑えつけ、吐剤を投与し、コカイン入りの小袋を吐き出させたという事案である。申立人は条約 3 条に反して獲得された証拠は排除すべきであると主張した。

これに対し、欧州人権裁判所は「自白であれ、物的証拠の形式であれ、暴力的行為またはその他の拷問と分類することができるような取扱いの結果として獲得された自己に不利益な証拠は、その証拠の価値に関わりなく、有罪の証明として決して依存してはならない」と判示し、同条約 3 条でいう拷問に当たる場合であれば、当該証拠の価値に関わらず、証拠として許容することは、公正な裁判を受ける権利を侵害することを明らかにした。しかし、当該事案の判断においては、警察官による吐剤の投与は、拷問ではなく非人道的な取扱いに過ぎないとして、証拠として許容しても公正な裁判を受ける権利を侵害することにはならないとした。

(b) 近時の判例の動向 3 条で保障される権利に反して獲得された証拠に関して、近時、ゲーゲン・ケース判決では、次のように示された²²⁹。すなわち、「通常、信用性および説得力のある物的証拠の刑事裁判での排除は、犯罪の効果的な訴追を妨げるであろう。犯罪の被害者およびその家族も市民も犯罪の訴追および処罰に関心を持つことに間違いはないし、そして、本件ではそのような関心は非常に高いものであった。…他方で、刑事手続における被告人は、公正な裁判を受ける権利を有しており、欧州人権条約の中心的で絶対的な権利で

²²⁷ *Khan v. United Kingdom* [2000] 31 EHRR 1016; *Heglas v. Czech Republic* [2008] 44 EHRR 1018.

²²⁸ *Jalloh v. Germany* [2007] 44 EHRR 32. 本判決の邦語の判例評釈として、前田直子「判批」国際人権 206 頁以下がある。

²²⁹ *Gafgen v. Germany* [2011] 52 EHRR 1.

ある 3 条における非人道的な取扱いの禁止に反して獲得された証拠が国内裁判所で使用された場合には、疑問を投げかけるであろう。また、サディ・ケース判決においても、「3 条に違反したか否かを判断するにつき、当該人物がいかにも望ましくなく、危険な者であったとしても、そのことを考慮に入れることはできない」と示された²³⁰。

(c) 欧州人権裁判所の理解 上記の判例からもわかるように、裁判所は 3 条で保障される拷問の禁止と 6 条の関係においては、分離テーゼを採用していないことがわかる。すなわち、拷問の禁止に反して獲得された証拠を許容することは、公正な裁判を侵害することに結び付くとの見解を採っているのである。

ジャロー・ケース判決においては、拷問と非人道的な取り扱いを区別した上で、拷問により獲得された証拠を許容することは、裁判を不公正な状態にするが、非人道的な取り扱いにより獲得された証拠の場合には、犯罪の重大性や取締りの必要性を考慮に入れており、必ずしも公正な裁判を受ける権利を侵害することにはならないという分離テーゼを採っているようにも解せる。

しかし、後のゲーフゲン・ケース判決およびサディ・ケース判決において、拷問と非人道的な取り扱いを区別して論じておらず、非人道的取扱いであっても、拷問の場合と同様に排除を導くとも理解できよう。同条約 3 条の拷問の禁止に反した場合には、公正な裁判を受ける権利を侵害したことに直結することが明らかであるが、非人道的な取り扱いについて、どのように解しているのか判例の立場はいまだ不明確な部分が残されており、この点については今後の判例の蓄積が待たれる。

(4) 欧州人権裁判所の判断基準

(a) 「公正さ」判断における二段階の基準 欧州人権裁判所において、欧州人権条約上の権利を侵害して獲得された証拠を使用することが、公正な裁判を受ける権利を侵害することになるか否かの判断は、どのような基準で行われているであろうか。判例の傾向をみると、公正さの判断は、①権利侵害のタイプの判断と②「公正な裁判」への影響度の判断という二段階で行われていることがわかる。

(ア) 権利侵害のタイプ 第一段階としては、当該捜査によって、条約上のどの権利が侵害されたかという基準である²³¹。具体的には、主に①拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取り扱いを禁止する欧州人権条約 3 条に反する場合、②プライバシーを保障する同条約 8 条に反する場合が挙げられる。

(イ) 「公正な裁判」への影響度 第二段階としては、同条約上の権利を侵害して獲得された証拠を使用することが、同条約 6 条で保障される公正な裁判を受ける権利にどれほどの影響を与えるかという基準である²³²。第二段階の判断の結果、公正な裁判を受ける権利に

²³⁰ *Saadi v. Italy* [2009] 49 EHRR 30.

²³¹ Olcer, op. cit. n. 195, at p. 373-374.

²³² Olcer, op. cit. n. 195, at p. 374.

与える影響の大小によって、重度、高度、軽度の三つに分類できる²³³。

①公正な裁判を受ける権利に与える影響が重度の場合である。これは、第一段階において、3条において禁止されている拷問によって証拠が獲得されたケースをいう。

②公正な裁判を受ける権利に与える影響が高度の場合である。これには、3条違反のなかで、拷問にまでは達しない、非人道的なまたは品位を傷つける取り扱いによって証拠が獲得されたケース等が含まれる。

③公正な裁判を受ける権利に与える影響が軽度の場合である。これは、プライバシーを侵害して証拠が獲得されたケースが含まれる。

(b) 「公正な裁判」への影響度の判断方法 第二段階での公正な裁判への影響度の大小によって、公正な裁判を受ける権利を侵害したか否かは、最終的にどのように判断されるのであろうか。第一段階で3条で保障される拷問の禁止に違反したと判断された場合は、公正な裁判を受ける権利に与える影響が重大であるため、そのことをもって、自動的に公正な裁判を受ける権利を侵害したものと解される。ただし、公正な裁判を受ける権利に対する影響が高度または軽度の場合には、公正な裁判を受ける権利が侵害されたか否かを決定するにあたり、さらに、公益との比較考量が行われる²³⁴。すなわち、違法に獲得された証拠を使用することが6条で保障される公正な裁判を侵害するののかという判断において、公益が認められることを根拠に公正な裁判を受ける権利の侵害が正当化されないか検討するものである。②のように公正な裁判に与える影響が高度である場合には、権利の制限を正当化するには、高い公益が要求されることになる²³⁵。それは、8条が制限を受ける「社会的な必要性」よりも高度なものとされる²³⁶。③のように公正な裁判に与える影響が軽度である場合には、単なる必要性が認められれば、緩やかに権利の制約も正当化される。

(c) 公正な裁判を受ける権利に対する制限 結局、裁判所は公益との比較考量によって、証拠の獲得手法およびその証拠の使用について異議を申し立てる適切な機会を与えられているかどうかという点を重視しているとみることができる²³⁷。すなわち、第二段階における基準では、①事実認定者は、証拠を許容した根拠について説明したかどうか、②有罪はもっぱら違法に獲得した証拠のみにもとづいているものではないかという2点を確認するためのものといえよう²³⁸。

(d) 条約における権利の取扱いの差異 このような第二段階での判断において、各権

²³³ Olcer, op. cit. n. 195, at p. 374.

²³⁴ Hoyano, op. cit. n. 177, at p. 11; Olcer, op. cit. n. 195, at p. 374.

²³⁵ *Kennedy v. United Kingdom* [2011] 52 EHRR 4; *Rowe* [2000] 30 EHRR 1; *P. S. v. Germany* [2003] 36 EHRR 61.

²³⁶ Ashworth, op. cit. n. 166, at p. 147; Hoyano, op. cit. n. 177, at p. 11; Olcer, op. cit. n. 195, at p. 377.

²³⁷ Olcer, op. cit. n. 195, at p. 374.

²³⁸ *Ibid.*

利間に生じる違いは、欧州人権条約に規定されている各権利の取り扱いの違いによって生じている²³⁹。

(ア)免脱の許されない権利 同条約 3 条で保障される拷問および非人道的もしくは品位を傷つける取扱いの禁止は、「免脱の許されない権利 (the non-derogable rights)」に属する。というのも、同条約 15 条 1 項は「戦争その他国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合には、いずれの締約国も、事態の緊急性が真に必要なとする限度において、この条約に基づく義務を免脱する措置をとることができる」と条文上の義務からの免脱の権利を認めた上で、同条 2 項において「1 項の規定は、第 2 条…、第 3 条、第 4 条 1 及び第 7 条の規定からのいかなる免脱も認めるものではない」と定めている。このことは、同条 2 項で列挙されている規定が、条約においてもっとも基礎的な基本権であることを意味している²⁴⁰。

(イ)制限された権利 同条約 8 条で保障されるプライバシーは、「制限された権利 (qualified rights)」に属する。8 条のプライバシーの権利に関する規定をみると、1 項では「すべての者は、その私的及び家族生活、居住及び通信の尊重を受ける権利を有する」とし、同条 2 項において「この権利については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない」と定め、一定の場合には公の機関による干渉を認めるという権利の制限が加えられている。このように、公の機関による干渉を認める「比例性の原則 (the doctrine of proportionality)」の入り込む余地がそもそも条文においても想定されているのである²⁴¹。

(ウ)強い権利 同条約 6 条で保障される公正な裁判を受ける権利、弁護人選任権および自己負罪拒否特権等は、「強い権利 (strong rights)」に属する。この権利は、免脱が許されない権利と制限された権利の中間に位置するものであり、「中間的な権利」とも呼ばれる²⁴²。制限された権利であるか、強い権利であるかは、欧州人権条約のイギリス国内での議論において、重要な違いをもたらす²⁴³。前述の通り、制限された権利は「民主的社会における必要性」が認められれば制限を加えることができるが、強い権利にはそのような制限を加える文言が条文上規定されていない。そのため、強い権利に対して制限を加える場合には、「民主的社会における必要性」と比較して、より高度の必要性 (厳格な必要性) が要請されるのである²⁴⁴。

4 イギリスにおける判例の動向

(1) 近時のイギリス国内裁判所判例

違法収集証拠排除についての欧州人権裁判所の判例が、イギリスの国内法にどのよう

²³⁹ Ashworth, op. cit. n. 166, at p. 146-147.

²⁴⁰ Ashworth, op. cit. n. 166, at p. 146.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Ashworth, op. cit. n. 166, at p. 146-147.; Hoyano, op. cit. n. 177, at p. 11

な影響を与えたかについて、みてみたい。

(a)サンヘラ・ケース控訴院判決 欧州人権裁判所が、イギリスの裁判所にどのような影響を与えたかを示すのが 2001 年のサンヘラ・ケース控訴院判決²⁴⁵である²⁴⁶。

本件の事実概要は、次の通りである²⁴⁷。本件は、1984 年警察・刑事証拠法実務規範 B に反して行われた被告人の住居に対する違法な捜査により獲得された証拠の許容性が争点となったものである。被告人が所有する郵便局に強盗が入ったとの届出があり、警察は捜査の一環として、被告人の同意なしに郵便局の捜索を行なった。この捜査において、警察は多額の現金が隠された箱を見つけたため、被告人から申出のあった強盗は、見せかけであるのではないかとの疑いを持った。そして、警察は、現金をその箱から取り出した上で、隠しカメラを設置した。被告人は、数日後に、現金が隠された箱を見ようとしたところを逮捕された。

被告人は、当該証拠の信用性については異議を申し立てなかった。しかしながら、被告人は次のような主張をした²⁴⁸。警察による捜査に立ち合いを望んでいたし、もしそのような機会が与えられていれば、箱の中の現金について即時に弁明することが可能であった。このような状況において、被告人は、78 条によって当該証拠の排除を求めた。原審において、被告人の主張は斥けられ、有罪とされた。これに対して、被告人が控訴した。

控訴院は、まず 1984 年警察・刑事証拠法 78 条と欧州人権条約との関係について、78 条 1 項の適切な適用が、欧州人権条約を遵守することを促進すると判断した上で、本件において、裁判官が証拠を排除しないことについて、「上訴人は現金の発見という事実自体については、異議を申し立てていなかったということが重要である。…その証拠の信用性については問題とならなかった。…もし、正式な同意書を得なかったという主張を裁判官が受け入れれば、それは正義の実現を妨げる結果となろう²⁴⁹」との理由より、適切な裁量権の行使であるとした。

(b)ラバリッジ・ケース控訴院判決 2001 年のラバリッジ・ケース控訴院判決の事実概要は、次の通りである。治安判事裁判所のエリア内での独房において行われた警察による録音録画行為について、1925 年刑事司法法 41 条および欧州人権条約 8 条に違反するか否かが争われた。控訴院は、警察による盗撮行為は、同法 41 条および同条約 8 条に違反した上で、次のように述べ、証拠の許容性を認めた²⁵⁰。すなわち、「条約の違反を重視したとしても、8 条に違反したことは、公正な裁判を受ける権利を侵害したこととはならないということを確信している」²⁵¹。

さらに、同判決は、ペリー・ケース判決を引用している。ペリー・ケース判決は、人権法

²⁴⁵ *R v. Sanghere* [2001] 1 Crim. App. 20.

²⁴⁶ Choo, op. cit. n. 1, at p. 335-336; Choo, op. cit. n. 51, at p. 179-181.

²⁴⁷ *R v. Sanghere* [2001] 1 Crim. App. 20,[1]-[4].

²⁴⁸ *R v. Sanghere* [2001] 1 Crim. App. 20,[5].

²⁴⁹ *R v. Sanghere* [2001] 1 Crim. App. 20,[15]-[17].

²⁵⁰ *R v. Loveridge* [2001] EWCA (Crim) 973 2 Crim. App. 29.

²⁵¹ *R v. Loveridge* [2001] EWCA (Crim) 973 2 Crim. App. 29.

の導入によってイギリスの証拠排除法則が修正されるとの見解に対する裁判所の反対が最高潮に達したものであると評されることがある。ここでは、以下のように判示された。すなわち、「人権法の根底にある目的は、人権侵害から市民を保護することにある。本件においてもそのことが生じていると思われるが、もし、法律家によってこの勢いに便乗するために、国内法が十分にカバーする問題であることが明白な場合に、人権法や欧州人権条約違反を主張しようと試みるために利用されるならば、結果として法律家のみならず法律そのものの評判を落とすことになる。人権条約や人権法に反するという事は、本件控訴の一部をなすべきではない。すべての主張が国内法の規定のもとで適切迅速に取り扱うことができる。将来的に、この手法によって裁判所の時間が費やされないことを願う」。

(c)メイソン・ケース控訴院判決 2002年のメイソン・ケース控訴院判決の事実概要は、次の通りである²⁵²。

被告人は、連続強盗事件に関与しているとの嫌疑を受けていたが、決定的な証拠の獲得がいまだなされていなかった。そのような状況下で、警察官は署長の許可を得て、勾留中の房での秘密録音を行った。被告人らの会話は録音され、これが決定的な証拠となり、被告人は有罪とされた。被告人は、このように獲得された証拠を許容すべきでないと主張した。

控訴院は、8条違反の存在は認めるものの、その証拠を使用することが公正な裁判を侵害することにはならないとして、次のように判示した²⁵³。

「政府は8条違反に対する救済策を備える責任がある。しかし、その救済は証拠排除でなければならないということはない。救済は今回もされているように、8条違反が存在することの認定であることができるし、また賠償の裁定によってすることもできる。欧州人権裁判所は、証拠排除それ自体が、被告人にとっての8条違反よりも、市民にとっての大きな不当をもたらすと強く主張する。…刑事上の罪で起訴されたすべての者は、黙秘権および自己負罪許否特権を有しているが、もし犯罪に関する情報を任意に提出した場合は、この権利に違反することはない。警察は被告人が自白しやすい状況を作ったに過ぎないのである。上訴人は、そうしやすい状況にはおかれていたが、だまされてそうしたわけではない」。

(d)シャノン・ケース貴族院判決 控訴裁判所において、初めて1998年法を考慮し、78条の適用を検討したのが、2001年のシャノン・ケース貴族院判決であった。

本件の事実概要は、次の通りである²⁵⁴。被告人は有名な俳優であったが、アラブの首長になりすましたジャーナリストによって、ドバイで行われるナイトクラブのパーティーに招待された。そこでの会話は、隣の部屋から密かに録音されており、被告人は首長の求めに応じて、大麻とコカインを被告人が準備することを約束した。このため、被告人は販売目的での同薬物の所持罪で逮捕・起訴された。

²⁵² *R. v. Mason* [2002] EWCA Crim 385.

²⁵³ *R. v. Mason* [2002] EWCA Crim 385.

²⁵⁴ *R. v. Shannon* [2001] 1 WLR 51.

被告人は、ジャーナリストにより獲得された証拠は、罾の使用によるものであり、78条により排除されるべきであるし、欧州人権条約6条の公正な裁判を受ける権利にも反すると主張した²⁵⁵。しかし、裁判所はこの証拠を許容し、被告人を有罪とした²⁵⁶。この判断にあたっては、被告人は誘惑されたものであるとした上で、それでもなお、手続の公正さの他の側面が満たされているならば、証拠として許容することは可能であるとした。本判決においては、被告人が証拠の許容性について異議を申し立てることができるということを重くみて証拠排除しなかったのではないかと思われる。

(2) イギリス国内裁判所判例の理解

ここまでの1998年人権法下における違法収集証拠排除に関する判例を振り返ってみると、1998年人権法により欧州人権条約が国内法化されたとしても、1984年警察・刑事証拠法78条を適切に運用することで、欧州人権条約を遵守することになると考えられていたことがわかる。また、証拠の許容性に関する異議を申し立てる機会が確保されていたことが重要視され、違法な捜査によって権利が侵害されたことと「裁判の公正さ」とは別個の問題であるとする姿勢がイギリスの裁判所においても採られていることが明らかとなった。その運用についても、例えばサンヘラ・ケース判決では、証拠の信用性が高いことや真実発見の観点が重視されており、1998年法以前と同様であった。

その他、欧州人権条約8条および6条の直接的な効果は、1984年警察・刑事証拠法78条の重要な役割を変えるものではないことを示す判例がみられる。さらに、ハーディー・ケース判決においても、「違法に獲得された証拠は、許容できないであろうが、そのこと（違法に証拠が獲得されたこと）自体によって、そう（許容できなく）なるわけではない。そして、それ（証拠を許容すること）が必ず不公正に依拠した公判であるということにもならない」と明確な見解が示されるようになる。

このように欧州人権条約が国内法化された後であっても、イギリスの裁判所判例の動向が大きく変化することはなかったが、近時新たな動きがみられる。そのきっかけとなったのが、Aケース貴族院判決である。

(3) イギリスにおける判例の動向の変化

Aケース貴族院判決は、イギリス以外の国で拷問によって獲得された供述証拠が、特別移民不服委員会に対する不服申立てにおいて使用することができるかが争われたものである²⁵⁷。国務大臣は、イギリスにおいて、このような供述証拠の使用を不可能にするルールは存在しないと主張した。各裁判官によって、排除のための基準に関する意見の相違はあるものの、全会一致で、拷問によって獲得された証拠はイギリスにおいて使用できないとの判断を下した。さらに、ホフマン判事は次のように述べた。

²⁵⁵ *R. v. Shannon* [2001] 1 WLR 51,[1]-[9].

²⁵⁶ *R. v. Shannon* [2001] 1 WLR 51,[28].

²⁵⁷ *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71,[1]-[9].

すなわち、「法は進歩する。イギリス法は以下のような原則へ発展を遂げた。裁判所は被告人が裁判所に連れてこられた方法や彼を有罪とする証拠が獲得された方法に目を閉じることはできない。もし、その手続が受け入れられ証拠が許容されれば、これらの手法は手続の廉潔性を損なわせ、司法権の名を汚すことになるであろう。このような事案において、手続が濫用されていることを根拠に手続を打ち切り、あるいは証拠を排除するであろう」。

手続の打ち切りの判断基準としては、司法の廉潔性が早くから着目されていた。しかし、違法収集証拠排除法則と手続の打ち切りの判断基準は別個のものであることが判例において、明示されていた中で、両者の判断基準の不一致を解決し、違法収集証拠排除においても、司法の廉潔性という観点を取り入れる重要性を示したという点で意義がある。

ここにおいて、従来の観点に加えて、手続の廉潔性の観点がさらに考慮されることとなった。この点については、イギリスの裁判所がカーン・ケース判決および PG&JH ケース判決における欧州人権裁判所の反対意見が重視した観点を取り入れつつあるという考え方もできるであろう。

5 小括

これまでの考察によって、欧州人権裁判所において、公正な裁判を受ける権利にいう「公正さ」の判断基準は二段階の基準であることが、判例の動向より明らかとなった。まず第一段階の基準では、どのような条約上の権利が侵害されたかの判断を行い、次に第二段階の基準では、条約上の権利を侵害して獲得された証拠の使用が公正な裁判を受ける権利を侵害しないかという判断がなされる。

具体的に、8条で保障されるプライバシーの権利を侵害して獲得された証拠を使用することが、公正な裁判を受ける権利を侵害することになるかという点についてみてみたい。8条で保障されるプライバシー侵害は比較的軽微な権利侵害であると考えられており、プライバシーを侵害して獲得されたとしても証拠の信用性に影響はない場合が多く、別途、損害賠償などの救済手段によって解決すれば足り、そうした救済が行われていれば、その証拠を使用しても公正さを害することはないと考えられている。

これに対し、6条3項で保障される権利（自己負罪拒否特権・弁護人選任権・反対尋問権など）を侵害して獲得された証拠を使用する場合、これらの権利侵害によって証拠の信用性に問題が生じることは、十分想定され、そのような違法に対しては証拠排除という裁判内での対応が必要となる場合が多いであろう。そのため、6条3項を侵害して獲得された証拠を使用するには、厳格な必要性が要求され、さらにその際も手続のなかで十分な埋め合わせが行わなければならないとされている。

3条で保障される拷問の禁止および非人道的取扱いの禁止に反して獲得された証拠の使用については、拷問の禁止に反する場合は、違法の程度が高く、絶対的に証拠排除を導くという判断を下しており、司法の廉潔性の理論と同様の視点で考慮しているように思われる。また、非人道的な取扱いの場合は、これと異なり、信用性にどのように影響を与えるか、

裁判外の救済で十分であるかという比較考量が行われる。

このように、欧州人権裁判所は、第一段階で 3 条において保障される拷問禁止を侵害した場合でなければ、比例性の原則の適用により、公益との比較考量が行われ、公正な裁判を受ける権利の制限が認められることがある。そのため条約に反して獲得された証拠の使用が 6 条の公正な裁判を受ける権利に反することとは直結しないものと考えられているのである。

なお、欧州人権裁判所では、権利侵害の程度の差（わが国の議論でいえば、「違法の重大性」の程度問題と類似している）という単一の基準ではなく、権利の質的な最に着眼して判断を下そうとしている点が重要であろう。どのような権利を侵害しているかという 3 つの目盛りで公正性の判断を行おうとしているものと思われる。

次に、イギリスの国内裁判所の動向を見てみると、1998 年人権法制定後も 1984 年警察・刑事証拠法 78 条の適切な運用をすれば、欧州人権条約を遵守することとなると考えていることがわかる。欧州人権条約に反する証拠を使用することができるかという点についても、欧州人権裁判所判例と同様の見解が採られていた。しかし、A ケース 貴族院判決において、手続の廉潔性の観点からの証拠排除の可能性が認められた。欧州人権裁判所のカーン・ケース判決および PG&JH ケース判決をはじめとする反対意見で示されていた廉潔性の原則からの証拠排除が、ここでようやく取り入れられることとなったのであろう。これによって、1984 年警察・刑事証拠法制定時に期待されていたような、捜査手法に着目した証拠排除が実現することになるのである。

III 違法収集証拠排除の根拠論

一 コモンロー時代の根拠論

前章のコモンロー時代における判例の動向からも分かるように、違法収集証拠排除の根拠に関して、信用性の観点が重視されていた。すなわち、証拠獲得手法が任意性に影響を与え、その証拠を許容すると、証明力の観点から事実認定に悪影響を及ぼす場合に排除をするものである。これは、悪性格証拠や類似事実証拠を許容すれば、陪審員が不公正な先入観を抱くであろうとの観点からの証拠排除と軌を一にする²⁵⁸。

こうした信用性原則が初めて明示されたのは、自白排除法則に関する 1783 年のワリックシャル・ケース 高等法院王座裁判所判決²⁵⁹であった。同判決は、供述証拠について、違法に獲得された場合に信用性に影響があることを認めつつ、物的証拠については、違法に獲得された場合であっても信用性に何ら影響がないことを指摘し、供述証拠と物的証拠では大き

²⁵⁸ 捜査手法が任意性に影響を与え、その結果、自白や不利益事実の承認を獲得するケースは、信用性が欠ける可能性があり、他方、悪性格証拠や類似事実証拠を使用するケースは、関連性が欠けるという点で、両者は異なるものである。ただし、いずれも事実認定の適正化を目的とするという意味においては、同一の目的を持つものである。

²⁵⁹ *Warickshall* [1783] 1 Leach CC 263, 168 E. R. 234.

な差異があることを強調した。自白等の供述証拠について、信用性の観点から排除することについてはコモンローの原則から承認されていたといえよう。

さらに、物的証拠について見てみると、前述のデリントン・ケース巡回陪審裁判所判決およびリーザム・ケース高等法院女王座裁判所判決も、証拠の作成過程に着目し、信用性の有無を重視している。また、ジョーンズ・ケース高等法院女王座裁判所判決においても、真実発見という観点から、信用性があり犯罪の立証に有益な証拠を排除すべきではないとの考えが示されていた。このように物的証拠については、その獲得手法がどのようなものであれ信用性に影響は及ぼすことはない考えられており、その意味で、信用性の観点は排除を認めない方向に働く要素として考慮されていた。

二 1984年警察・刑事証拠法制定以降の根拠論

1 明確な根拠論の欠如

1984年に警察・刑事証拠法が制定されて以降、「公正さ」という判断基準で違法収集排除法則は運用されてきた。しかし、このような違法収集証拠排除法則がいかなる根拠から導き出されるのかという点については、必ずしも明確でなかった²⁶⁰。同法78条の立法段階において、根拠論に関する議論が行われたものの、結局、最後まで統一的な理解は示されなかった。そして、同法を運用する裁判所も、根拠論の欠如という立法上の不備の埋め合わせをしばしば試みたが、違法収集証拠を排除する根拠論について、明らかにされることはなかった。

このように、明確な違法収集証拠排除の根拠論が示されない結果として、1984年警察・刑事証拠法制定から30年以上が経過した現在、違法収集証拠排除法則の根拠については、主に①信用性原則、②懲罰原則、③保護原則、④廉潔性原則という四つの根拠論が主張されており、いまだ決着をみていない状況が続いている²⁶¹。そこで、以下では、それぞれの原則が、違法収集証拠を排除する根拠をいかなる点に求めているのかについて、みてみたい。

2 信用性原則

信用性原則とは、信用性のある証拠によって、正確な事実認定を行うことが証拠排除の目的であり、証拠が排除されるか否かの基準は、専ら証拠の信用性に基づいて判断するとの考え方である²⁶²。

(1) クイン・ケース控訴院判決

1984年警察・刑事証拠法78条制定以降の判例の動向に目を向けてみると、1990年代初期以降は、信用性原則に重点が置かれていることがわかる²⁶³。その傾向がみられるのが1990

²⁶⁰ P. Mirfield, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* (1997), at p. 6; David Ormerod, Diane Birch, *The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence*, Crim. L. R. (2004) 778.

²⁶¹ P. Mirfield, *op. cit.* n. 260, at p. 6; David Ormerod, Diane Birch, *op. cit.* n. 260, at p. 778.

²⁶² P. Mirfield, *op. cit.* n. 260, at p. 6; David Ormerod, Diane Birch, *op. cit.* n. 260, at p. 779.

²⁶³ David Ormerod, Diane Birch, *op. cit.* n. 260, at p. 779.

年のクイン・ケース控訴院判決²⁶⁴である。同判決は、「裁判官の役割は、手続の公正さを保障することである。もし、双方の希望する関連性のある全証拠が裁判官の前に提示されれば、通常、その手続は公正である。しかし、例えば、一方が関連性ある証拠の提示を許され、もう一方が、どういうわけか、異議の申立てが認められなかった場合には、手続は不公正となるかもしれない。……78条の下での信用性に基ついた証拠排除と権利に基ついた手続の打ち切りとは明白に区別される」との判断を下し、1984年警察・刑事証拠法78条は信用性原則に基づくものであることを明示した。

(2) ダンフォード・ケース控訴院判決

1990年のダンフォード・ケース控訴院判決²⁶⁵は、1984年警察・刑事証拠法の実務規範に反して獲得された証拠の許容性に関して、実務規範が求める基準を満たしていないとしても、手続の公正さに悪影響を及ぼしていないのであれば、当該証拠を許容することができるとした。なお、同判決は、裁判所の役割について、手続の公正さに悪影響があるかどうかの判断のみならず、証拠を排除した場合の悪影響も考慮して判断することを担っているとの見解を示した。このような考え方も、真実発見の観点を重視するものであり、信用性のある証拠は排除しないという方向に働くものと考えられる。なお、2001年のルーズリー・ケース貴族院判決²⁶⁶において、ニコルズ判事は、「手続の公正さ」という表現とは実際の訴訟指揮が公正に行われているかを意味し、そこでは証拠の信用性が確保され、証拠の信用性を争う機会が保障されているかどうかの問題となると述べている。

(3) 科学的証拠と信用性

このように違法収集証拠排除の根拠論として信用性原則を重視することは、捜査における科学技術の役割が重要性を増す今日、さらに大きな意味を有することとなる²⁶⁷。例えば、1995年のコーク・ケース控訴院判決²⁶⁸では、違法に獲得された毛髪によるDNA型鑑定が行われ、当該証拠が犯人性を基礎づけることとなったため、被告人は当該証拠が許容性を有しないとして排除を求めた。これに対して、控訴院は、「裁判所がこのような証拠を許容できないという判断を下すケースの大部分は、1984年警察・刑事証拠法の実務規範に反して、被告人から自白が獲得されたと申し立てられているケース²⁶⁹」に限られるとし、信用性に疑いのある証拠のみを排除するとの理解を示した。そして、本件においては、DNA型鑑定は被害者と被告人とが性的関係をもったという非常に強い証拠となるのであり、証拠獲得手法の違法が、証拠の正確性（信用性）や証拠の強さ（証明力）に影響を与えることはないとして、証拠の許容性を認める判断を下したのである。DNA型鑑定をはじめとする科学技術

²⁶⁴ *R v. Quinn* [1990] Crim L. R. 581.

²⁶⁵ *R v. Dunford* [1990] 91 Cr. App. R. 150.

²⁶⁶ *R v. Loosely* [2001] UKHL 53.

²⁶⁷ David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 780.

²⁶⁸ *R v. Cooke*, [1995] Crim L. R. 497.

²⁶⁹ *R v. Cooke*, [1995] Crim L. R. 497, 498-499.

を利用した捜査手法は、基本的には高度の信用性が認められるものであるため、それがたとえ違法に獲得されたとしても、信用性原則に力点を置く限りは証拠が排除される可能性は限定的なものとなろう²⁷⁰。

(4) 1984年警察・刑事証拠法の目的と信用性

1984年警察・刑事証拠法の目的からしても、違法収集証拠排除の根拠論として信用性原則に重点が置かれるのは当然の帰結であると考えられる²⁷¹。なぜなら、同法78条は、警察による捜査を規制する規定ではあるが、それは公判で使用可能な証拠を獲得するという観点から、逮捕・捜索に関するルールを定めているに過ぎないからである。同法は、全体として信用性のある証拠を獲得するための規律を定めているのであり、同法78条も証拠排除という最終手段によって、信用性に問題のあるものは公判に顕出されないようにしようとするセーフガード条項であると捉えることができる²⁷²。

3 懲罰原則

懲罰原則は、違法な捜査により獲得された証拠を奪うことで、将来的な不正を警察官に思いとどまらせることが証拠排除の目的であり、証拠排除の基準は違法捜査抑止の効果があるかどうかという点に求める考え方である²⁷³。

(1) 違法捜査抑止の効果

違法捜査抑止の効果について、まず、短期的には、当該違法捜査を行った警察官や証拠排除が行われた判決を知った警察官に対して、違法捜査を思いとどまらせる効果を発揮する²⁷⁴。次に、長期的には、判決のなかで繰り返し、適法な行為と違法な行為の境界を示すことによって、警察が違法捜査を行わないように教育する効果が認められる²⁷⁵。この長期的な効果については、信用性原則にもみられるものである。というのも、当該事案で信用性が認められるとしても、信用性のない自白を導き出しやすい捜査手法が取られた場合には、判例は証拠排除を認める傾向にあるのである。しかし、懲罰原則においては、証拠の信用性に関わりなく、警察官の権限の濫用という固有の観点から証拠排除の是非の判断が下される点で、異なるといえる²⁷⁶。

しかし、懲罰原則を採った場合、以下の三つのケースでは、抑止の効果が期待できないとの指摘が加えられている²⁷⁷。①捜査機関が何らかの違法な捜査を行っていることを認識し

²⁷⁰ David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 780.

²⁷¹ David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 779.

²⁷² David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 781.

²⁷³ P. Mirfield, op. cit. n. 260, at p. 19; David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 782.; A. Ashworth and M. Redmayne, *The Criminal Process* (4th ed 2010), at p. 344.

²⁷⁴ Oaks (1970) 37 U chi. L. R. 665, at p. 668.

²⁷⁵ Oaks (1970) 37 U chi. L. R. 665, at p. 668.

²⁷⁶ P. Mirfield op. cit. n. 32, at p. 20.

²⁷⁷ A. Ashworth and M. Redmayne, op. cit. n. 48, at p. 344.

ていないケース、②捜査機関が違法捜査を行ったとしても、発覚しないであろうと考えているケース、③獲得した証拠を裁判で使うつもりはなく、何らかの他の意図（例えば、公判で「証拠」として使用するのではなく、捜査を進める上で有益な「情報」を得る目的がある場合などが考えられる）で違法捜査が行われているケース。すなわち、懲罰原則によれば、違法捜査が不注意で行われただけでは足りず、悪意による場合にのみ、当該証拠が排除されることになる。そのため、1984年警察・刑事証拠法78条を懲罰原則によるものであると解釈すれば、捜査において警察が注意を払わないことを奨励すること、法規範を熟知していないことを奨励することになってしまうという問題性を抱えているとの指摘もなされる²⁷⁸。加えて、効果の面からしても、実際に捜査機関に対する抑止効果があるのかどうかは証明されていない²⁷⁹。

（２）懲罰原則が実務にあたる影響

違法捜査抑止の効果については賛否両論があるものの、実務において、一定の肯定すべき点も認められている²⁸⁰。例えば、かつて、1984年警察・刑事証拠法で定められる「法的アドバイスを受ける権利」を保障せず取調べが行われる事例が頻発していたが、控訴院がそのように獲得された供述の証拠能力を否定し、被告人に無罪を言い渡す判決がいくつか現れたことによって、このような状況が一変したといわれている。ただし、一定の効果が実質的には認められるとはいえ、それは副次的なものであって、裁判所は抑止という観点を証拠排除の根拠であるとは認めていないのが現状である²⁸¹。

４ 保護原則

保護原則は、警察官の違法な捜査によって、権利を侵害された捜査対象者を救済することを目的としており、被った不利益の程度を考慮要素として、証拠排除の判断を行うという考え方である²⁸²。同原則は、捜査機関側の事情に着目する懲罰原則とは異なり、証拠排除を通じて、違法捜査を受けた被害者（被疑者・被告人）の権利の回復を図るという点で、被害者（被疑者・被告人）に着目するものである。「保護原則（protective principle）」という用語を提唱したアシュワースは、被疑者が最低基準に従った取り扱いを受けられなかった場合に、その結果として生じる不利益をその者が被るべきではないとの考え方が根幹を為すとする²⁸³。

（１）権利侵害の程度

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ P. Mirfield, , op. cit. n. 260, at p. 19; A. Ashworth and M. Redmayne, op. cit. n. 48, at p. 344

²⁸⁰ A. Ashworth and M. Redmayne, op. cit. n. 273, at p. 344.

²⁸¹ *R. (CPS) v. Wolverhampton Magistrates' Court* [2010] 1 Archbold Review 1, DC.

²⁸² A. Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, Crim L. R. (1977) 723; P. Mirfield, op. cit. n. 32, at p. 18; David Ormerod, *Diane Birch*, op. cit. n. 260, at p. 782.; A. Ashworth and M. Redmayne, op. cit. n. 273, at p. 345.

²⁸³ A. Ashworth, op. cit. n. 58, at p. 723.

そこで、保護原則によって、証拠排除を行うかどうかの判断に際して、以下の三点が重要となる。第一に、欠かせない要素として、最低基準の違反に起因した悪影響が被疑者に生じていること²⁸⁴。すなわち、最低基準に違反した行為によって、被疑者に不利益な結果が生じた場合に、救済という保護が図られることになる。第二に、さらなる要素として、違反が単なる形式的な違法を上回り、または、被疑者にとっての不利益が重大なものであること²⁸⁵。第三に、不利益の程度に応じた救済策が取られる必要があること。被疑者が被る不利益を救済する適切な手法として証拠排除が挙げられるが、それが唯一の方法ではないこと²⁸⁶。これは、被疑者の被る不利益の程度とそれに対する救済とが比例する必要があるとの考えから導かれるものであり、被疑者の被る不利益が非常に重大な場合には、手続の打切りが導かれ、比較的軽微な場合には、量刑の軽減で済まされることもある²⁸⁷。

他方で、保護原則に対する批判としては、軽微な権利侵害であっても、権利侵害を受けた者に対する救済は必要ということになり、容易に証拠が排除されてしまうという点が指摘されている²⁸⁸。何らかの違法があれば、常に証拠が排除されるという結論が導かれることになるのは、妥当でないというのである。ただし、保護原則からも、最低基準に従った取扱いを受けなかった場合や単なる形式的な違法を上回った場合という限定が付されており、この批判がどれほど妥当性を有するかについては疑問もある。

(2) 懲罰原則と保護原則の差異

最後に、懲罰原則と保護原則との違いを見てみたい²⁸⁹。まず、両原則が関心を向ける対象について、保護原則は被疑者・被告人であり、救済することに主眼が置かれている。懲罰原則は、将来を考慮するものであり、その関心が将来の被告人に向けられている。もし、違法捜査を受けた当該被告人に対する証拠が懲罰原則により排除されたとすれば、それは二次的な利益の幸運な受益者にすぎないのである。次に、証拠排除が認められる場合について、保護原則は、権利保護を目的とするため、警察による違法捜査が悪意によるものでなくても、証拠の排除を認めることになる。警察官が自らの違法性を認識していない場合のように懲罰原則が抱える問題性を保護原則は克服するという点で意義が認められる。実際に懲罰原則が重視されるアメリカにおいて、違法な捜査が行われるのは「過失の結果」であった。例えば、2009年のヘリング・ケース判決²⁹⁰では、行政上のミスで被疑者に対する逮捕状が出ていると誤信し、その結果、証拠が獲得されたのであるが、裁判所も懲罰原則の下ではこのような証拠が排除されず、このようなミスを減らすことに懲罰原則は寄与しないことを認めた。

²⁸⁴ P. Mirfield op. cit. n. 32, at p. 18.

²⁸⁵ A. Ashworth and M. Redmayne, op. cit. n. 273, at p. 302.

²⁸⁶ A. Ashworth, op. cit. n. 58, at p. 725.

²⁸⁷ A. Ashworth, op. cit. n. 58, at p. 725.

²⁸⁸ Ashworth and M. Redmayne, op. cit. n. 273, at p. 345.

²⁸⁹ David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 779.

²⁹⁰ *Herring v. United States*, [555 U.S. 135](#) (2009).

5 廉潔性原則

廉潔性原則は、警察官によって違法に獲得された証拠を排除することで、刑事手続の廉潔性を維持しようとする考え方である²⁹¹。

(1) 廉潔性原則を基礎づける五つの要素

この考え方は、次の五つの点から根拠付けられるものである²⁹²。①条約において定められる権利は、条約全体として取り扱われる必要がある。これは、廉潔性原則を支える最も基本的な根拠であり、欧州人権裁判所が採用する分離テーゼに対して反論を行う。すなわち、欧州人権条約において保障されている権利が侵害されているにも関わらず、その証拠を使用することが同条約 6 条で保障される公正な裁判を受ける権利を侵害しないとするのは、一貫性に欠けるというのである。②刑事司法システムは、一つの統合されたシステムとして扱われるべきである。すなわち、警察も裁判所も刑事司法を担う組織の一部なのであり、警察と裁判所とは別の組織であることを理由に、裁判所が違法捜査によって獲得された証拠を使用することは、刑事司法システムの統一性を害することになる。③基本権が保障されていたとしても、同権利の侵害によって救済が行われないのであれば、それは空虚なレトリックにすぎない。すなわち、基本権に対する侵害が行われた場合に、何らかの救済が与えられないのであれば、基本権を保障する条約は空文に帰してしまう。④違法に獲得された証拠に基づいて裁判所が判断を行うとすれば、それは裁判所が違法行為を容認し、違法行為の共犯者となってしまう。⑤裁判所は何らかの証拠上・手続上の違法行為に依って判断を行うべきではない²⁹³。このように、同原則は、①～③という刑事司法システムとしての廉潔性の観点と、④・⑤という裁判所としての廉潔性の観点（一般的に「司法の廉潔性」といわれる）が含まれていることがわかる。

(2) 市民感情と廉潔性原則

同原則による証拠排除の判断にあたっては、被告人に対する市民感情が重要視される。裁判所が捜査機関による違法な行為を見逃せば、市民の裁判所に対する信頼は失われ、一方で、軽微な違法捜査を根拠に犯人が処罰されないとすれば、市民は納得しないであろうというのである。そのため裁判所は、処罰の必要性和捜査機関の違法行為の規制との両面を比較考量することが求められるのである。しかし、同原則に対しては、市民の反応に重きを置きすぎているという指摘が加えられることがある²⁹⁴。すなわち、児童に対する性的虐待のよう

²⁹¹ A. Ashworth, *Exploring the Integrity Principle in Evidence and Procedure*, in P. Mirfield and R. Smith, *Essays for Colin Tapper* (2003); P. Mirfield, *op. cit.* n. 32, at p. 23; David Ormerod, Diane Birch, *op. cit.* n. 260, at p. 782.; A. Ashworth and M. Redmayne, *op. cit.* n. 273, at p. 346.

²⁹² A. Ashworth, *op. cit.* n. 67, at pp 115-118.

²⁹³ *Ibid.* このように、同原則は、①～③という刑事司法システムとしての廉潔性の観点と、④・⑤という裁判所としての廉潔性の観点（一般的に「司法の廉潔性」といわれる）が含まれていることがわかる。

²⁹⁴ A. Ashworth and M. Redmayne, *op. cit.* n. 273, at p. 346.

に、市民が嫌悪感をもつ犯罪は、どのような手法を使って証拠を獲得しても市民に許容されるであろうというのである。ただし、同原則の多数の支持者は、純粋な意味での市民の感情からは、距離をおいており、そこでは、被告人に対する市民の反応だけでなく、被告人の裁判手続の正当性・公正性の観点に目を向けるのである。

(3) 証拠排除と手続の打切り論

従来、違法収集証拠排除は、前述の信用性原則のもと有罪の確実性が重視されてきたが、司法の廉潔性を維持する必要があるとの主張が近年有力になりつつある²⁹⁵。これまで、裁判所は1984年警察・刑事証拠法78条の規定を司法の廉潔性維持のために使用することを避けてきた。このことは、手続の打切り論の発展に起因するとの評価も加えられてきた²⁹⁶。そこで、違法収集証拠排除と手続の打切りの関係性に目を向けてみると、違法収集証拠排除も手続の打切りも、裁判官による裁量権行使に含まれ、その点では両者は共通性を有しているが、裁判所はその権限を明確に区別しようとしてきた²⁹⁷。1998年のチョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決²⁹⁸においても、犯罪の存否についての事実認定に立ち入ることなく行う手続の打切りは、78条の証拠排除と裁量権の行使のされ方が異なるとの判断が明示されていた。

両者の差異を明確にする判例の態度については、批判的な見解が多数を占めている。例えば、「警察の不適切な行為を理由とする証拠排除の可能性を考慮すること、そのような警察の不適切な行為を含めて、全体の手続を打ち切るかの可能性を考慮することは、根本的には同じ問題にさらされている。すなわち、警察官の不適切な行動によって得たものを検察官は奪われるべきなのかという問題である。すでに、イギリス法は、有罪か無罪かを正確に判断できるかという観点からの『信用性』に疑いがないにもかかわらず、公判前の警察の不適切な行為を根拠に手続を打ち切ることを認めている。そうであるならば、一貫性を重視して、違法に獲得された信用性のある証拠であっても、証拠排除をすることが可能なのではないか²⁹⁹」との主張である。このように違法収集証拠排除の根拠としても、司法の廉潔性という観点を取り入れるべきだとする見解が主張されるようになる。

(4) Aケース貴族院判決

このような状況のなかで、前述のAケース貴族院判決³⁰⁰は、司法の廉潔性という観点からの違法収集証拠排除を認めた。司法の廉潔性という観点は、手続の打切りの判断基準として、早くから論じられていた概念である³⁰¹。違法収集証拠排除と手続の打切りの判断基準およ

²⁹⁵ David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 779

²⁹⁶ *R v Horseferry*, [1994] 1 A.C. 42.

²⁹⁷ *R v Mullen* [1999] 2 Cr. App. R. 92.

²⁹⁸ *R v Chalkley & Jeffries*, [1998] 2 All ER 155.

²⁹⁹ David Ormerod, Diane Birch, op. cit. n. 260, at p. 783

³⁰⁰ *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71.

³⁰¹ Choo, *Abuse of Process and Judicial Stay of Criminal Proceedings* (2nd edn, New York, 2008) at p. 132; Adrian Keane, Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence* (11th edn, Oxford, 2016) at p. 60.

び目的は別個のものであるとして、判例において明示されてきたのであるが、この両者の不一致を解決し、違法収集証拠排除においても司法廉潔性の観点を取り入れる重要性を示したという点で大きな意義がある。この点について、犯罪の存否の事実認定に立ち入ることなく行われる手続の打切りの判断要素として、司法の廉潔性の観点を取り入れられていれば、違法収集証拠排除においては同様の観点を取り入れる必要性が低いようにも思える。しかし、ある違法な捜査手法が、手続の打切りを導く程度には司法の廉潔性を害していないとしても、違法収集証拠として許容性を否定する必要がある程度に司法の廉潔性を害していることも考え得る。その意味でも、違法収集証拠排除の根拠論として、司法の廉潔性の観点を取り入れられたことは注目に値する。

6 小括

これまでの考察で明らかなように、イギリスでは、①コモンロー時代、②1984年警察・刑事証拠法時代、③1998年人権法時代の各期で形成されたルールに基づいて、今日でも「公正さ」を基準に、違法収集証拠の排除の是非を判断している。「公正さ」の観点からの違法収集証拠排除の根拠としては、①信用性原則、②懲罰原則、③保護原則、④司法の廉潔性原則という各原則から導き出すことができるとの考えが示されていた。違法収集証拠排除法則に関する規定を置く1984年警察・刑事証拠法78条は、信用性原則が中核に据えられているとの見解がこれまで支持を集めていたが、2005年に司法の廉潔性原則を重視する判例が登場したこともあり、同原則を主たる根拠とする見解も近年有力に主張されている。

IV 違法な証拠収集の手続法的効果

前章までで、違法収集証拠排除の判断基準および根拠論といった総論的なテーマについて検討を加えてきたが、本章では、私人による罊の手続法的効果を中心に違法収集証拠排除に関する諸問題に焦点を当ててみたい。

一 国家による罊の手続法的効果に関する判例の動向

イギリスにおける国家による罊（罊捜査）に関する判例の動向は、三期に分けることができる。第一期（1980年～1984年）は、この問題に関するリーディングケースである1980年のサン・ケース貴族院判決における実質的な抗弁の否定から始まる。第二期（1985年～

イギリスにおける手続の打切り論について、次の二つのカテゴリーに当てはまれば、裁判所は手続の打切り権限を行使することができる。第一に、被告人に対する公正な裁判を実施することが不可能になった場合である。第二に、廉潔性を保つことができなくなった場合である。第二のカテゴリーでは、主に次の五つの点を比較考量し、廉潔性が維持されているかの判断がなされている。①被告人・第三者に対する権利侵害の重大性があるか、②警察官は、不誠実・悪意・不適切な動機によって行動したか、③違法行為は、緊急性もしくは必要性がある状況で行われたか、④違法行為の責任を個人に対する直接の制裁を加えることができるか、⑤起訴されている犯罪の重大性。

1995年)では、1984年警察・刑事証拠法制定以降、同法にもとづいて証拠排除の可能性を認める判例群が登場する。第三期(1996年～)では、1996年のベネット・ケース貴族院判決および2001年のルースリー・ケース貴族院判決により、手続の打切りが導かれることが確立されていく。

1 第一期 - 実体的抗弁否定の時代

罾の捜査に関するリーディングケースであるサン・ケース貴族院判決の事実概要は、以下の通りである³⁰²。偽造紙幣の売人として知られていたXは、刑務所からの出所前に、他の受刑者(Xは、彼が警察の指示した情報提供者であると主張した)から、「外部に偽造紙幣の売人Yを知っており、YとXと引き合わせたい」と持ちかけられた。Xは、出所後に、売人を装ったおとり捜査官Yと会い、偽造紙幣の提供を約束した。そして、後日、XはYに偽造紙幣を受け渡したところ、通貨偽造および同行使の共謀罪で、逮捕・起訴された。本件で、Xは情報提供者に犯罪を唆され、それがなければ犯罪を行わなかったのであるから、裁量により当該証拠を排除すべきであると主張した。第一審および控訴院では、証拠排除裁量権の行使は認められなかったため、被告人は上訴した。

これに対し貴族院は、イギリス法において、罾にかかった被告人は非難に値し、罾の抗弁を認めることができないという従来判断を踏襲した³⁰³。そして、その根拠として、スカーマン卿は、「犯罪が、おとり捜査官と評価できる者による活動から生じた場合、それは量刑上は重要な問題かもしれないが、有罪・無罪の判断には影響を及ぼさない。……たとえ、唆した者が罪を犯し、より有責であったとしても、教唆(incitement)されたことというのは、罪を犯した者にとって、法律上の抗弁にはなりえない。もし、警察官や公的機関の職員による教唆が、彼らによって犯罪を実行させられた者を無罪とし、その他の者による(より重大な影響を与えるかもしれない)教唆が、彼らによって犯罪を実行させられた者を無罪としないのであれば、法は混乱し不公正な差が生じる³⁰⁴」と述べた。

しかし、こうした貴族院の判示に対しては、厳しい批判が寄せられた³⁰⁵。すなわち、①刑の減軽では、犯罪を実行するように唆された者にとって、十分な予防・保護手段とはならず、②捜査機関は犯罪を創造すべきではないにもかかわらず創造した場合に、刑の減軽および証拠排除では不十分であり、手続の打切りを認めるべきというのである。このような学説からの批判を受けるなか、1984年には警察・刑事証拠法が制定されたこともあり、罾捜査に対する判例の展開が注目されるようになる。

2 第二期 - 証拠排除の時代

1984年警察・刑事証拠法の78条1項の施行は、裁判所に対して、裁判官の裁量による

³⁰² *R. v. Sang* [1980] AC 402.

³⁰³ *R. v. Sang* [1980] AC 402.

³⁰⁴ *R. v. Sang* [1980] AC 402, 451.

³⁰⁵ Andrew L.-T. Choo, *Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings* (1993), ch. 6.

証拠排除の権限を付与し、あらゆる事情を総合的に判断し、手続の公正さを基準として、証拠の許容性を判断できることが明示された³⁰⁶。

第 78 条 [不公正な証拠の排除]

1 項 いかなる手続においても、裁判所は、訴追側が立証の基礎として申請する証拠につき、その証拠が獲得された状況を含むすべての事情を考慮して、その証拠を許容することが当該手続の公正さに有害な影響を及ぼすためこれを許容すべきでないとするときは、その証拠を許容することを拒むことができる³⁰⁷。

1970 年代のイギリスでは、「刑事手続における人権保障」と犯罪の増加に対応するための「警察による犯罪捜査の実効性確保」という相反する要請のバランスを取るために、捜査から公判までの刑事手続全体のあり方を見直す気運が高まっていた。これに加え、裁量的な証拠排除権限の限定的な運用のあり方についても、批判的な指摘がなされていた。それらが一つの要因となり、同規定が導入されたことによって、前述のサン・ケース貴族院判決では、量刑段階で刑を減輕するための考慮要素に過ぎなかった罾捜査を、事実審理段階での証拠排除の考慮要素とすることが可能になったのである。このように 1984 年警察・刑事証拠法施行以降、罾捜査が行われた場合に、主要な救済策を証拠排除であると示す判例が続けて現れることとなった。

(1) スムースウェイト&ジル・ケース控訴院判決

1994 年のスムースウェイト&ジル・ケース控訴院判決は、X と Y が、それぞれの配偶者を殺すために、殺人契約を装ったおとり捜査官に依頼したとして、逮捕・起訴されたというものである³⁰⁸。被告人は、警察・刑事証拠法 78 条にもとづいて、証拠の排除を求めた。

これに対して控訴院は、罾により獲得された証拠を排除する裁量権を裁判官は有しないと示したサン・ケース貴族院判決を覆すものとして、1984 年警察・刑事証拠法 78 条を位置づけた³⁰⁹。また、罾のケースでの同法 78 条に規定される証拠排除裁量権の行使の際に考慮されるべき要素として、以下の 6 点を示した³¹⁰。①警察官はその関与がなければ行なわれなかったであろう犯罪を行うように被告人を誘惑したか。②罾の性質はどのようなものであったか。③証拠は完了した犯罪に関するものか。④証拠獲得に際して警察官は主に消極的であったか、あるいは積極的であったか。⑤行なわれた事柄について信頼できる記録があるか。⑥警察官が規則に従ってなされるべき質問をするという役割を濫用したか。

³⁰⁶ I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (3rd ed., 2007), p.101.

³⁰⁷ 法務大臣官房司法法制調査部『イギリス警察・刑事証拠法 イギリス犯罪訴追法』（法務資料第 477 号、1988）を参考に訳出した。

³⁰⁸ *R. v. Smurthwaite and Gill* [1994] 98 Cr. App.R. 437.

³⁰⁹ *R. v. Smurthwaite and Gill* [1994] 98 Cr. App.R. 437, 440

³¹⁰ *R. v. Smurthwaite and Gill* [1994] 98 Cr. App.R. 437, 440.

(2) チョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決

次に、罨捜査に関する判決ではないが、1984年警察・刑事証拠法78条に関して、上記スムースウェイト&ジル・ケース控訴院判決とは異なるアプローチを示したのが、1998年のチョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決である³¹¹。本件は、住居内に仕掛けられた盗聴器により録音された証拠の証拠能力が争点とされた事案であったが、控訴院は、同法78条の定める「証拠が得られた状況」という用語の意味内容について、証拠の獲得手法に対する「非難の印 (as a mark of disapproval)」として、裁判所に証拠排除の権限を与えたのではないと結論づけた³¹²。さらに、オールド判事は、同法78条がサン・ケース貴族院判決後のコモンローの立場を維持する規定であるとの理解に立ち³¹³、自白・自認・犯行後に被告人から得られた証拠は別として、証拠獲得手法が証拠の質に影響を与えた場合でない限り、裁判所に証拠排除する権限はないとの判決を下した。

(3) シャノン・ケース控訴院判決

さらに、シャノン・ケース控訴院判決はメディアによる罨が争点とされた事案であるが、罨によって獲得された証拠と証拠排除の関係についての一般論を展開しているため、ここで取り上げる。事案の詳細は、後述の通りであるが、ポッター判事は、証拠を排除するか否かの判断基準について、当該証拠を許容することで、手続の公正さに悪影響が及ぶかどうかにあると述べ、その具体例として、信用性を疑うに足る相当な理由があったときを挙げ、本件では手続の公正さを害していないと判断した³¹⁴。この判示部分は、前述のチョークリー&ジェフリーズ・ケース判決と同様に信用性にも着目したアプローチを採用している³¹⁵。他方で、ポッター判事はスムースウェイト&ジル・ケース控訴院判決を明示的に引用し、証拠が獲得された状況を理由として、罨によって獲得された証拠を78条に基づいて排除する可能性は承認できると結論づけた³¹⁶。

(4) テシェラ＝デ＝カストロ・ケース欧州人権裁判所判決

このように捜査手法に着目して証拠排除を行おうとする判例と証拠の信用性に着目して証拠排除を行おうとする判例が登場するなかで、欧州人権裁判所において、罨捜査に関する判決が下された³¹⁷。1998年のテシェラ＝デ＝カストロ・ケース判決である³¹⁸。ポルトガルにおいて、2名の私服警察官が違法薬物の取引に関与している疑いのある者Aに、買い付け人を装って声をかけヘロインの購入を持ちかけた。AはXであれば、ヘロインを調達す

³¹¹ *R. v. Chalkley and Jeffries* [1998] 1 QB 848.

³¹² *R. v. Chalkley and Jeffries* [1998] 1 QB 848, 874-875.

³¹³ *R. v. Chalkley and Jeffries* [1998] 1 QB 848, 874-875.

³¹⁴ *R. v. Shannon* [2001] 1 WLR 51, 68.

³¹⁵ Dyer, op. cit. n.4, p.318.

³¹⁶ *R. v. Shannon* [2001] 1 WLR 51, 68.

³¹⁷ イギリスでは、1998年に人権法が制定されたことによって、欧州人権条約が国内法で適用可能となっている。

³¹⁸ *Teixeira de castro v. Portugal* [1998] 23 EHRR 101.

ることが出来ると伝え、私服警察官と A は、X の居所に赴き、ヘロインの購入をしたいと伝えた。X はこれに応じ、私服警察官にヘロインを渡したところを逮捕された。X は、当該犯罪を行うように仕向けた私服警察官による証拠が有罪の根拠となっており、この点は欧州人権条約 6 条 1 項に規定される公正な裁判を受ける権利を侵害すると主張した。これに対して欧州人権裁判所は、当該捜査手法について、警察官の関与が無くとも被告人が犯罪を行ったことを示す証拠がないことを理由に、身分を秘匿した捜査官に許された行動の限界を超えるとした³¹⁹。また、本件のように警察官が犯罪行為に関与したり、刑事手続において証言したり、証拠として用いられることは、最初から最後まで被告人が公正な手続を受けなかったことを意味し、同条約 6 条 1 項に違反するとした。

(5) 第二期の証拠排除

第二期では、罍の捜査により獲得された証拠について、イギリス国内の裁判所は信用性に着目して判断を行う場合と捜査手法に着目して判断を行う場合の二つの考慮がなされていた。そして、欧州人権裁判所においても、機会提供型ではない罍により獲得された証拠を使用することは、公正な裁判を受ける権利を害することが示された。このように証拠排除の判断基準として、警察の捜査手法に着目するものの、いまだ信用性の観点がなお強く残っている背景には、第三期で論じる手続の打切りの発展が関係しているといえよう。

3 第三期 - 手続打切りの時代

第三期は、罍捜査に対する手続法的効果として、手続の打切りを宣する判例が登場し、有力化した。

(1) ホースフェリーロード治安判事裁判所（ベネット）ケース貴族院判決

罍の事案を直接に検討したものではないが、手続の打切り原則を大きく発展させたと言えるのが、1993 年のホースフェリーロード治安判事裁判所（ベネット）ケース貴族院判決である³²⁰。本件は、イギリスの警察が、犯人引渡し手続を回避し、南アフリカの警察と共謀して、被告人を逮捕し、イギリスに強制的に送還したという事案である。被告人は、そのような手続は公正性が維持されていないとして、手続の打切りを求めた。

これに対して貴族院は、裁判所は申立人が公正な裁判を受けられることを保障するだけでなく、訴追を打切る権限をも有していると判示した³²¹。そして、手続の打切りを認める理由として、裁判所は行政機関の行動を監視し、基本的人権および法の支配を脅かす行為を禁止する責任を負うからであるとした。

(2) ラティーフ&シャーザード・ケース貴族院判決

³¹⁹ *Teixeira de castro v. Portugal* [1998] 23 EHRR 101.

³²⁰ *R. v. Horsferry Road Magistrate's Court. Ex p. Bennet* [1994] 1 AC 42.

³²¹ *R. v. Horsferry Road Magistrate's Court. Ex p. Bennet* [1994] 1 AC 42, 62.

ホースフェリーロード治安判事裁判所（ベネット）ケース貴族院判決で示された原則を拡大させた（同原則が罫捜査にも適用されることを認めた）と評されるのが、1996年のラティーフ&シャーザード・ケース貴族院判決である。事実概要は以下の通りである³²²。被告人であるSは、パキスタンでアメリカの麻薬取締局により雇われた情報提供者Hと知り合い、イギリスに20ポンドのヘロインを輸入する計画を立てた。Hがイギリス国内までヘロインを持ち込む役割を担う計画であったため、SはヘロインをHに渡し、その後、薬物は麻薬取締官の手に渡り、税関職員がイギリス国内に持ち込んだ。Hは、イギリスで、Sおよび友人のLと会い、ヘロインの受け渡しや支払いについて、話し合った。そして、Hのためにヘロインを届ける男が到着し、ヘロインが元々入れられていた袋に似たものをSらに渡したところで、逮捕された。S・Lは規制薬物の輸入罪で起訴されたが、犯行はHによって唆されたのであるから、手続は打ち切られるべきであるなどと主張した。

これに対して、貴族院は、イギリス法において罫の抗弁が存在しないことを指摘し、本件では手続の打切りは認められないと判断を下しつつも、「刑事司法制度に対する公益（public interest）に反している場合」には、罫の捜査に対しても手続の打切りが認められることを示した³²³。

（3）ルースリー・ケース貴族院判決

これらの手続の打切りに関する議論が最高潮に達したのが、ルースリー・ケース貴族院判決である³²⁴。本件は、被告人らが身分秘匿捜査官に対して、ヘロインを提供したとして、逮捕・起訴された事案であるルースリー事件と法務総裁付託3号事件の共同審理判決である。貴族院は、罫に関して、以下の四つの規範を示した³²⁵。①国家が、法律で禁止された行為をするように市民を誘惑し、その行為を刑事訴追しようとすることは許されない。このような行為は罫であり、国家権力の濫用にあたり、結果的に手続の濫用となる。②裁判所は、手続の濫用を防止する内在的な権限と義務を有するという原理・原則によって、国家の行政機関の者が裁判所の法執行機能を濫用し、それによって国民を圧迫することがないように、保障することができる。③手続の打切りが認められるかどうかは、被告人の犯行の傾向とは関係なく、捜査機関の行為に焦点が当てられるべきである。具体的な判断要素としては、警察は被告人に「単なる通常の場合」を与えただけであったかどうかである。④手続の打切りと証拠排除では、異なった基準が適用されるが、前者は被告人を裁判にかけることが不公正であるという根拠に基づいて判断がなされ、後者は証拠を認めることについての公判における公正性（fairness）の判断がなされる。

（4）第三期の手続打切り

³²² *R. v. Latif and Shahzad* [1996] 1 WLR 104.

³²³ *R. v. Latif and Shahzad* [1996] 1 WLR 104, 112-113.

³²⁴ *R. v. Looseley* [2001] UKHL 53.

³²⁵ *R. v. Looseley* [2001] UKHL 53.

第三期において、ホースフェリーロード治安刑事裁判所（ベネット）ケース貴族院判決で初めて手続の打切り論を採用し、打切りを認めた。その後、ラティーフ&シャーザード・ケース貴族院判決では、手続の打切りの目的として、司法の廉潔性に言及し、ルースリー・ケース貴族院判決では、基本的人権および法の支配の保障という点に言及した。

二 国家による罠の手続法的効果をめぐる議論状況

1 手続の打切りと証拠排除の関係

手続の打切りと証拠排除の関係について、ルースリー・ケース貴族院判決で示されたように、罠の捜査に対する適切な対応は、証拠排除よりも、手続の打切りを認めることであるとされる。その理由は、①効果の問題として、証拠排除を行えば、手続の打切りと同じ効果が得られる場合があることも事実であるが、当該証拠を排除しても、他の証拠から有罪が認定される可能性があるのも事実であること、②理念の問題として、罠に基づいた起訴は裁判所の手続の濫用であり、そのような起訴を許さないということであって、そうであれば、証拠の排除ではなく、そもそも手続を打ち切ることが認められることが挙げられている。

なお、もし裁判所が、手続の打切りを求める申し立てを認めなかったとしても、さらに、1984年警察・刑事証拠法78条に基づいて、不公正であることや手続を打ち切ることが適切であることを理由に、証拠排除の申し立てをすることは可能とされる。このように、手続の打切りと証拠排除は、排斥関係にあるものではなく、両立する関係に立つものであるといつてよい。

2 罠に対する手続法的効果の判断基準および根拠論

国家による罠に対する手続法的効果として、このように主に手続の打切りと証拠排除が挙げられるが、それぞれ判断基準および根拠を見てみたい。

まず、手続の打切りが導かれるのは、被告人を裁判にかけることの公正性が侵害されたためであって、それは「行政機関の活動が基本的人権および法の支配を脅かした」場合である。そして、その根拠として、①保護・防止原則（protective or preventive rationale）と②刑事司法システムの廉潔性の維持（preserve the integrity of criminal justice system）が挙げられている³²⁶。まず、①保護・防止原則とは、不適切な行為により得られた証拠にもとづく起訴から、個人を保護することに焦点が当てられている³²⁷。そして、保護という概念は、公務員による過度で意図的な誘惑にさらされない権利を市民が有していることを示している³²⁸。この観点は、前述のルースリー・ケース判決において、国家と国民の間に立つことが裁判所の役割であり、望ましくない結果が生じないように保つ必要があると判示されている。次に、②刑事司法システムの廉潔性の維持とは、法を執行する者は、法を遵守すべき

³²⁶ Kate Hofmeyr, "The problem of Private Entrapment", (2006) *Crim. L. R.* pp.322-323; Andrew Dyer, "the Problem of Media Entrapment", (2015) *Crim. L. R.* pp. 317-321

³²⁷ Ashworth, "Re-drawing the Boundaries of Entrapment Law" [2002] *Crim. L. R.* 161, p. 162-163.

³²⁸ *Ibid.*

であり、警察官が犯罪捜査の許される範囲を超えた場合、もし裁判所が当該証拠にもとづいて判断を行えば、刑事司法システムの廉潔性を害することになる³²⁹。この観点は、前述のベネット・ケース判決において、人権や法の支配の守護者としての裁判所にとって、人権や法の支配を侵害する手法で獲得された証拠にもとづいて判断を下すことは、矛盾しているとの判示と共通性が認められる。

次に、証拠排除については、公判についての公正性に焦点が置かれ、当該証拠を許容することが、手続の公正さに有害な影響を与えるという場合に、証拠が排除される。その根拠については、手続の打切りと同じく、保護原則および司法の廉潔性原則が妥当すると考えられているが、そのほか信用性原則および懲罰原則が挙げられている。もっとも、信用性原則とは、信用性のある証拠によって正確な事実認定を行うことを目的とするものであり、違法に獲得された物的証拠に関していえば、獲得手法の如何によって証拠としても証明力に影響はないため、同原則は証拠を排除しない方向に働く要素として考慮されてきた。また、懲罰原則は、将来的な不適切な捜査を警察官に思いとどまらせることを証拠排除の根拠とするものであるが、イギリスの裁判所は同原則に対して否定的な態度を採っている。そのため、判例においては、証拠排除の関しても、保護原則および司法の廉潔性原則が根拠論の中核に据えられると解することができよう。

三 私人による畏の手続法的効果に関する判例の動向

イギリスの判例は、私人による畏に関して、いかなる手続法的効果が導かれるとするのか、また、国家機関による畏の判断基準が私人の場合にも適用できるとするのか、検討してみたい。判例の動向を見てみると、①私人による畏に対して、違法収集証拠排除および手続の打切りという手続的救済の適用可能性を認めるケースと②認めないケースに分類することができる。

1 私人による畏に対して手続的救済の適用可能性を認めるケース

国家による畏であっても、私人による畏であっても、違法収集証拠排除および手続の打切りの適用可能性を認めたのが、以下のケースである。

(1) モーレー・ハットン・ケース控訴院判決

私人による畏について検討が加えられた代表的事例が、1994年のモーレー・ハットン・ケース控訴院判決である³³⁰。本件の事実概要は以下の通りである。情報提供者から情報を得た記者は、自らの身分を秘したまま、偽造紙幣の売人と目される X らと接触を試みた。そこで、記者は X から 50 ポンドの偽造紙幣を購入するとともに、偽造紙幣を後日購入する約

³²⁹ Ibid.

³³⁰ *R. v. Morley and Hutton* [1994] Crim. L. R. 919.

束をした。記者は、この事実を警察に告げ、後日 X は逮捕された。

審理の中で、X は、①記者と情報提供者は、おとりであるため、それにより得られた証拠の証拠能力は認められない、②新聞紙面によって誇張された報道がなされたことから、公正な裁判を受けることができなくなると主張した³³¹。第一審は、X の主張を斥け、有罪判決を下したため、X は上訴した。

そこで、控訴院は、次のように判示し、控訴を棄却した³³²。すなわち、情報提供者や記者の活動を人々は嫌うかもしれないが、証拠の許容性の判断基準として、そのような嫌悪感および新聞社の話題を作り、儲けを出したいという意図は考慮に値しない。また、イギリスには畏の抗弁が存在しないことは明白であり、警察官が畏に関与しているか、ジャーナリストが畏に関与しているかには差異がない。というのも、78 条に基づく証拠排除の問題は、公正さの一つであり、実際にはジャーナリストの存在の有無にかかわらず、犯行が行われていたであろう（X は偽造通貨を製造し、利用可能にしていたし、記者により犯行をするように教唆されることもなかった）とした。

本判決は、前述のスムースウェイト・ケース判決で示された身分秘匿捜査官により獲得された証拠を 1984 年警察・刑事証拠法 78 条に基づいて排除するか否かの判断基準が、警察官などの国家機関による畏の場合だけでなく、ジャーナリストなどの私人による場合にも適用されることを認めた。また、私人による畏と国家による畏を、公正さの問題として捉え、同様に処理することを明らかにし、本件のように機会が提供されただけの場合には、証拠が排除されないとの判断を下している。今日のイギリスにおいて、畏に対する救済策は、証拠排除ではなく、主に手続の打切りによるべきであると考えられているが、証拠排除を適用することが否定されたわけではないのであり、証拠排除の判断基準が公的機関・私人を問わずに適用されることを明示した本判決には意義があるものと思われる。

(2) ハードウィック・スウェイツ・ケース控訴院判決

私人による畏について、手続の打切りが認められるか否かが検討されたのが、2000 年のハードウィック・スウェイツ・ケース控訴院判決である³³³。本件は、「ニュース・オブ・ザ・ワールド」のジャーナリストであるマザー・マウッド (A) が裕福なアラブ人に扮して、被告人らに薬物の売買を持ち掛け、その会話が秘密に録音されていたという事案であるが、詳細は以下の通りである³³⁴。X および Y は、ロンドンのホテルにおいて、ある男からアラブの首長に扮したジャーナリスト A を紹介された。その後、X・Y と A とはミーティングを行い、2.44 グラムのコカインを提供した、また後日、X はさらに 1.49 グラムのコカインも提供している。このときの状況は、A によって、すべて録画されており、当該ビデオおよび関連資料を警察に渡した。そこで、X・Y は、コカインを提供した罪で起訴された。被告人

³³¹ *R. v. Morley and Hutton* [1994] Crim. L. R. 919, 920.

³³² *R. v. Morley and Hutton* [1994] Crim. L. R. 919, 920.

³³³ *R. v. Hardwicke and Thwaites* [2001] Crim. L. R. 220.

³³⁴ *R. v. Hardwicke and Thwaites* [2001] Crim. L. R. 220,220.

は、①手続の濫用として、手続を打ち切ること、②証拠を排除することを求めた。第一審において、これら主張は受け入れられず、有罪判決を受けたが、陪審は以下のように付言している。すなわち、「彼らが行きすぎた状況を考慮に入れることが許されるのであれば、評決も異なる結果となっていたであろう」。被告人は、有罪判決を不服として、上訴した。

これに対して控訴院は、手続の濫用の点についてのみ、審理を行い、次のように述べた³³⁵。まず、ラティフ・ケース判決を引用し、手続の打ち切りを認めることの目的は、裁判所が刑事司法制度に対する国民の信頼を損ねる恐れのある警察官の違法行為を許容しないという態度を示す点にあるとした。そして、重大な犯罪を裁判にかけることの確保と、目的が手段を正当化したとの印象を避けることとのバランスを取る必要があるが、ジャーナリストによる違法と行政による違法を同等であるとみなし、そのことは結論に影響を与えないとした原審の判断は、誤りであったと指摘した。

本判決は、手続の打ち切りを認めるには、国家機関による畏であっても、私人による畏であっても、それが「不適當、違法または道徳的非難に値する (*improper, unlawful or morally reprehensible*)」かどうかを検討する必要があることは認めており、私人による畏への手続打ち切りの余地は残されたと解することができよう。しかし、その基準の具体的な適用においては、ジャーナリストによる「商業上の違法」と「行政上の違法」では、程度に差異があることを指摘し、原判決と結論は同じであるが、理由付けが異なることを示した。

(3) マリナー・ケース控訴院判決

2002年のマリナー・ケース控訴院判決は、BBCのジャーナリストが、イングランド・プレミアリーグ(サッカーのプロリーグ)のチェルシーの暴力的サポーターに関するドキュメンタリーを作成するために、畏を使用した事案である³³⁶。被告人X・Yは、チェルシーのサポーターチームの一員であったが、マンチェスターのサポーターチームとの衝突を計画していた。ジャーナリストは暴力的サポーター間の闘争行為や人種差別主義者の行動に興味を持っていると自称して、身分を隠しXに近づき、X・Yとの会話を録音・ビデオテープで録画していた。なお、X・Yらと親しくなるために、ジャーナリストらは、薬物の使用や不法なビジネスの紹介などを行っていた。X・Yは、暴力行為の共謀および闘争(*affray*)の罪で逮捕・起訴された。

第一審において、被告人の証拠排除および手続の打ち切りの申立ては棄却され、被告人の控訴を受けた本判決においても、その判断が維持された³³⁷。すなわち、監視装置を秘密裏に使用されたため、X・Yらのプライバシーの権利(欧州人権条約8条)が侵害されたことを理由に、手続の打ち切りおよび証拠の排除を求めた点について、控訴院は、犯罪の防止、他者の権利や自由の保障のために、ジャーナリストの行為は正当化できるとした。また、ジャーナリストによって、畏にかけられ、不適切な操作(*improper manipulation*)が行なわれたと

³³⁵ *R. v. Hardwicke and Thwaites* [2001] Crim. L. R. 220, para. 27-28.

³³⁶ *R. v. Marriner* [2002] EWCA Crim 2855.

³³⁷ *R. v. Marriner* [2002] EWCA Crim 2855, para. 39.

して、同様の主張を行った（ジャーナリストによるそのような行為を許可・規制する法的な規律がない以上、手続の打切りおよび証拠の排除をするべきである）点についても、控訴院は、畏に当たらないことを理由に、被告人の主張を斥けた。

本判決は、1984年警察・刑事証拠法に基づく証拠排除および手続の打切りの適用に関して、私人であっても国家機関であっても同様に、被告人に対する公正さという一般的な基準から判断を行うべきとしている。前述のモーレー・ハットン・ケース控訴院判決では、証拠排除の判断において、私人と国家による畏に関して、同様の処理が可能であることを示していたが、それが手続の打切りの場合でもそうであることを示した点で意義がある。ジャーナリストがジャーナリズムの目的を達成するためであれば、ある程度の不合理、不法な方法を利用することが可能であると同裁判所は考えており、公益という観点も考慮されているともいえよう。

（4）サルーヤ・ケース高等法院女王座裁判所判決

2006年のサルーヤ・ケース高等法院女王座裁判所判決は、ジャーナリストが患者を装い、医師 X の診断を受け、その際、休暇のために長期の診断書を作成することを要求したという事案である³³⁸。ジャーナリストは病気ではなかったが、金銭を支払う見返りとして、X は診断書を作成した。X は不正行為で告発され、医師審議会（the General Medical Council）に持ち込まれた。同会議では、実行された畏の手法が手続の濫用にあたるとして、手続の打切りを行ったが、医療従事者規制委員会（Council for the Regulation of Health Care Professionals）は、ジャーナリストの行為は国家の代理人ではないことを根拠に、不正な畏は構成しないと主張し、不服申し立てを行った。

高等法院は、公的機関による畏のケースにおいて、手続の打切りが認められるのは、公的機関の職員による国家権力の濫用に着目して、裁判所がその手続を許容することを嫌う（repugnance）からであるとした³³⁹。その上で、公的機関の職員以外の者は、その立場が異なるため、公的機関自身の過ちによる証拠をもとに手続を行う国家による畏のケースのように手続打切りの問題が生じることはないとした。

しかし、本判決は、公的機関以外の畏の場合にも、手続の打切りを認める余地を残しており、それは以下の二つの場合のように極めて限定的であると判示する³⁴⁰。すなわち、①得られた証拠に依存することが、国家にとって手続の濫用（そして、欧州人権条約 6 条違反）となるような非常に重大な違法行為である場合、②国家機関以外の者の行為の不法が非常に重大であり、それに依存することが、司法の廉潔性を害する場合が挙げられている。

本判決は、刑事事件ではないものの、国家機関による違法が存在しなくとも、私人の不法行為が重大であれば、それが国家による手続の濫用となることを認めた点で意味があり、また、司法の廉潔性という観点を私人の場合に適用できることを認めた点も重要である。

³³⁸ *R. v. Saluja* [2006] EWHC 2784 (Admin); [2007] 1 W. L. R. 3094.

³³⁹ *R. v. Saluja* [2006] EWHC 2784 (Admin); [2007] 1 W. L. R. 3094, 3110.

³⁴⁰ *R. v. Saluja* [2006] EWHC 2784 (Admin); [2007] 1 W. L. R. 3094, 3110.

2 私人による罾に対して手続的救済の適用可能性を認めないケース

違法収集証拠排除および手続の打ち切りの適用には、国家による罾であることを要求し、私人による罾への適用可能性を否定したのが、以下のケースである。

(1) シャノン・ケース控訴院判決

2001年のシャノン・ケース控訴院判決は、2000年のハードウィック・スウェイツ・ケース判決と同様に、「ニュース・オブ・ザ・ワールド」のジャーナリストであるマザー・マウッドがアラブの首長に扮してドバイでのナイトパーティーに招待し、そこでXらに薬物の売買を持ち掛け、その会話が秘密に録音されていたという事案である³⁴¹。この証拠をもとに、Xらは薬物所持等の罪で逮捕・起訴された。弁護人は、当該証拠が、不公正に獲得されたことを理由に、証拠としての許容性は認められないなどと主張した。

本判決は、被告人の申立てを却下し、証拠の許容性を認めたが、私人による罾に関して次のように述べた³⁴²。第一に、手続の打ち切りに関係する限りにおいて、警察や検察による行為の一部、または、証拠収集および起訴を行う国家機関の行為に対する異議は申し立てられていない³⁴³。第二に、第三者からの教唆・促進がなければ罪を犯さなかったであろう者であっても、警察および検察による行動が手続の打ち切りを正当化するものでない限り、政策の問題として不公正 (*unfair*)、もしくは、法的問題としての誤り (*wrong as a matter of law*) があるということだけでは、不十分である³⁴⁴。

本判決は、手続の濫用に基づく打ち切りを適用する際、行為の主体が誰であるか（警察または検察の行為であるか否か）が重要な決定要素となることを示している。また、警察や検察が私人による罾に関与するのは罾が完了した後になるため、私人による罾のケースは手続の打ち切りの適用範囲外になるとの判断を下したものと理解されている³⁴⁵。

(2) パウルセン・ケース控訴院判決

2003年のパウルセン・ケース控訴院判決は、未決勾留中であった被告人Xが、収容中に仲間（Xは警察の情報提供者であると主張した）から事件の証人の殺害を求められた。その後、Xは、おとり捜査官に同様の依頼をしたとして、殺人の共謀の罪で逮捕・起訴された事案である³⁴⁶。Xは、警察の情報提供者によって、犯行を唆されたとして、手続の打ち切りを求めた。

これに対して控訴院は、殺害を依頼した仲間が警察の指示した情報提供者であるかについて、収容中の仲間が被告人に、殺害を依頼した際には、国家のために行動していたわけで

³⁴¹ *R. v. Shannon* [2001] 1 Cr. App. R. 12.

³⁴² *R. v. Shannon* [2001] 1 Cr. App. R. 12.

³⁴³ *R. v. Shannon* [2001] 1 Cr. App. R. 12, para. 21.

³⁴⁴ *R. v. Shannon* [2001] 1 Cr. App. R. 12, para. 39.

³⁴⁵ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 320.

³⁴⁶ *R. v. Paulssen* [2003] EWCA Crim 3109.

はないことから、被告人が畏にかかったとしても、公的な権限なしに行われたものといえるとした³⁴⁷。そして、公的機関の関与なしに X 自身のイニシアチブで行動していたのであり、手続の濫用を主張することはできないと結論付けた。

本判決は、公的な権限によって、畏が実施されたかどうかに関心を置いている。また、裁判所は、私人の違法な行為をきっかけに始められた犯罪に対して、警察官が引き継ぐ形でおとり捜査を行うということの問題性については、公的な権限が用いられたとは解していない。

(3) シェンク・ケース 欧州人権裁判所判決

欧州人権裁判所において、私人による畏によって獲得された証拠の許容性が争点とされたのは、1991年のシェンク・ケース判決である³⁴⁸。本件の申立人 X は、元妻の殺害を計画した罪で起訴されたが、X が殺害のために雇った者が、X との電話の会話を録音し、警察官に提出し、その録音が主要な証拠の一つとなり、裁判所は X を殺人未遂罪で有罪としていた。スイス政府は、後に裁判で使用する目的で、捜査機関が違法な手法を用いて、証拠を獲得する場合と、私人が違法な手法を用いて獲得した証拠を後に捜査機関が手にする場合とは、区別して議論する必要があるとの主張を行っていた。これに対し、弁護人は、殺害を依頼したものが、秘密裏に獲得した録音証拠を裁判で使用することは、公正な裁判を受ける権利を侵害すると主張した。しかし、欧州人権裁判所は、上記の争点には立ち入らず、録音証拠は被告人の有罪を基礎づける唯一の証拠ではないとの判断をするに過ぎなかった³⁴⁹。併せて、証拠の許容性に関する規制は、国内法の問題であるという点を強調し、公正な裁判を受ける権利は侵害されていないと判示した。

これまでの裁判例を整理してみると、その多くにおいて、国家による畏と私人による畏との間には、根本的な違いがあるとの立場が採られている³⁵⁰。ただし、その中身として、①手続の打切りを認めるには、国家機関による畏であることを要求し、私人には適用を認めないものと、②国家機関による畏でも私人による畏でも、その適用を認めるものの、その具体的な判断において、両者には違法の程度に差異があることを指摘するものがある。このように、イギリスの判例が確立しているとは必ずしもいえず³⁵¹、欧州人権裁判所もこの問題に関して、何らかの解釈の指針を与えているとはいえない³⁵²。

このような状況のなかで学説において、私人による畏の場合に、手続の打切りまたは証拠排除は適用されると考えられているのかについて、見てみたい。

³⁴⁷ *R. v. Paulssen* [2003] EWCA Crim 3109, para. 18.

³⁴⁸ *Schenk v. Switzerland* (1988) 13 EHRR 242.

³⁴⁹ *Schenk v. Switzerland* (1988) 13 EHRR 242.

³⁵⁰ この違いを「行政上の違法 (executive lawlessness)」と「商業上の違法 (commercial lawlessness)」という言葉で表現している。

³⁵¹ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 322.

³⁵² Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 321-322.

四 私人による罾の手続法的効果をめぐる議論状況

1 「私人による罾」に対して、手続の打切りは認められるか

前章において、罾捜査に対する法的効果として、主たる救済策が手続の打切りであることを示した。そして、判断基準としては、「基本的人権または法の支配を脅かすような行政の行為に基づく刑事訴追であるかどうか」であり、その根拠は①保護防止原則、②司法の廉潔性に求められていることを明らかにした。そこで、以下では、私人の罾の事例に、同基準を適用することができるのか、順に検討を加えたい。

(1) 権利保護

権利保護という観点からは、不適切な行為により得られた証拠に基づく起訴から個人を保護することを目的とし、市民の有する権利が侵害された場合に、手続の打切りを認めるという考え方である。それでは、権利保護の概念は、私人による罾の場合に適用できるであろうか。否定説と肯定説について、見てみたい。

まず、否定説を主張する Hofmeyr は、基本的人権などの権利保護目的といっても、どのような権利を保護しようとしているのか不明確であるとした上で、私人の罾のケースで侵害される可能性のある権利として、主に①公正な裁判を受ける権利、②自己負罪拒否特権の2つを挙げて検討を加えている³⁵³。

第一に、公正な裁判を受ける権利についてであるが、そもそも手続の濫用は、被告人に対する訴追が司法行政に与える影響を検討することが求められる。そうすると、手続の打切りに関する問題は、裁判にかけることの妥当性に焦点が当てられるのであり、ある特定の公判における公正さを保障するという意味での公正な裁判を受ける権利に焦点は置かれていない。ルースリー・ケース判決において、ホフマン判事が、「罾にかけられた被告人は、通常、特定の証拠の許容が裁判の公正さを害するとの主張をすることはしない。証拠がどのようなものであれ、審理を全くするべきではないというのである³⁵⁴」と述べたように、手続の打切りの観点と、公判が公正に行われるかという観点は、異なるものである³⁵⁵。

第二に、自己負罪拒否特権について見てみると、確かに、罾をかけることによって、被告人自身の犯罪に関する証拠を提供するように強制・促進していると捉えることができそうではある。自己負罪拒否特権は、欧州人権条約6条に明示的に規定されていないが、公正な裁判という概念の中心的な存在であると一般的に承認されている³⁵⁶。しかし、同条約6条1項に含まれる公正な裁判を受ける権利から派生するものであることから、裁判にかけられた者のみに与えられる権利であるとされている。こうしてみると、罾が実施されるのは、犯罪が実行されるより以前、当然起訴され公判に付される前となるのであり、自己負罪拒否特

³⁵³ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 333-335.

³⁵⁴ *R. v. Looseley, Attorney-General's Reference*(No.3 of 2000) [2001] 4 All E. R. 897,[42].

³⁵⁵ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 333.

³⁵⁶ *Saunders v. United Kingdom* (1996) 23 E. H. R. R. 313,[68].

権が侵害されたとは考えにくい³⁵⁷。

これに対して、肯定説は、特に欧州人権条約 6 条の公正な裁判を受ける権利の侵害が認められることを根拠に、私人の罾にも手続の打切りを認めようとする³⁵⁸。ところで、上記の否定説は、被告人に対する「実際の裁判手続 (the actual court proceedings)」が不公正な場合にのみ、欧州人権条約 6 条 1 項違反が認められるとする。この否定説の理解が正しければ、私人による罾に限らず、国家機関による罾の場合も、同条項の違反は存在しないという結論に至るのではないかと肯定説は疑問を呈する。というのも、国家による罾であっても、罾によって獲得された証拠を使用することが公正な審理を害するという点を検討するのではなく、全体の手続を打切りするかどうか争点になっているからである。しかし、国家機関による罾のケース（例えば、1998 年のテシェラ＝デ＝カストロ・ケース欧州人権裁判所判決）で、欧州人権裁判所は、罾の被害者が罾により獲得された証拠によって有罪判決を受けることが、欧州人権条約 6 条違反に該当するとの判断を下している。さらに、私人による罾について、シャノン・ケース判決においては、欧州人権条約 6 条 1 項違反を認めず、手続の打切りを適用しなかったが、申立人が国家機関の職員ではないジャーナリストによって罾をかけられたのであり、そのようにして得られた証拠の許容性が、場合によっては欧州人権条約 6 条 1 項に基づき手続を不公正にする可能性があることを認めている。したがって、欧州人権条約 6 条を審理における公正さの保障ではなく、より広く手続における公正さという捉え方がなされてきたのであり、そうであれば、私人による罾の場合であっても 6 条に基づく公正な裁判を受ける権利の侵害を認めることもできよう。

(2) 法の支配 (rule of law)

法の支配の維持という観点からは、法律の順守が義務付けられる公的機関の職員がそれに反した場合や実際に同職員の法律違反を促進する可能性がある場合に、手続の打切りが導かれると考えられている³⁵⁹。この観点の重要なポイントは、規制を行う公的機関の職員も、規制を受ける一般市民も、誰しもが同様に法律の対象であるというものである。その点で、捜査上の違法という問題ではなくなるのである。もちろん、罾捜査については、法規制や適切な指導・監督が行われることが不可欠の要素であるが、それで行政機関の権限濫用への規制が十分とはいえない。公的機関による権限濫用が行われた場合には、裁判所は罾にかけられた被告人の手続を打切りすることによって、法の支配を維持しようとするのである³⁶⁰。

では、このような法の支配が私人による罾に対しては適用されるのであろうか。まず、法

³⁵⁷ Hofmeyr, op. cit. n.326., p. 334.

なお、そのほか、プライバシーの権利および罾をかけられて起訴されないという一般的な権利の観点からも、私人による罾の場合には権利侵害は生じないと結論づけている。

³⁵⁸ Dyer, op. cit. n.326, p.327-328.

³⁵⁹ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 331-332; Dyer, op. cit. n.4, p.322.

³⁶⁰ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 332.

の支配が私人の罾のケースには適用できないとする見解（否定説）³⁶¹は、法の支配が損なわれるのは、法律・制度設計・公的な行為であると考えており、特に、法の執行を委ねられた者によって、法の制約を無視する行為が行われたことが法の支配を損なわせるとする。そのため、私人の罾の場面に、法の執行を委ねられた公的機関は登場せず、公的機関が法を破る行動をすることはない。法の執行を委ねられた者が関与するのは、せいぜい罾が完了した後である。したがって、私人による罾が、法の支配を害するとはいえないというのである。

これに対して、肯定説は次のように反論する³⁶²。例えば、私人による罾の場合に、ジャーナリストが薬物売買に関与しているにも関わらず、彼らを起訴しないことによって、国家は事後的に不法行為（lawlessness）を実行したといえる。すなわち、罾にかけられた者を起訴しておきながら、その犯罪を唆し関与している私人を起訴しないことによって、公的機関は故意に刑罰を与えず、当該私人を手助けしていることになる。これは、私人の不法行為に関与する事後共犯とみることができる。さらに、そのような姿勢は、将来における同様の事案において、私人が罾に加担しても起訴することはないというメッセージを送ることにもなり、事前従犯ともいえる。このように考えると、私人による罾の場合であっても、法の支配を損なう可能性は認められ、手続の打切りが導かれる余地はあろう。

なお、国家による罾の場合、秘密裏に行われる捜査活動が許可され適切に監督されていることで、一定程度、法の支配を受けているといえる。しかし、国家機関の権限濫用に直面したときに、裁判所は罾にかけられた被告人の手続を打ち切ることによって、濫用を防止する責務を有しているという意味で、法の原則を支持しているのである。

（3）罾をかける者の意図

私人の罾の場合に法の支配および基本的人権が侵害されたとみることができるかについて検討を加えてきたが、その中には、罾をかける者の意図に着目して、国家機関による罾と私人による罾を考察する見解がある。

罾をかける者の意図・目的の違いから、私人による罾には手続打切りを認めない否定説とそれを認める肯定説に分かれる。まず、否定説を主張する Ho は、例外的な状況がなければ私人による罾のケースで手続の打切りを認める必要はないとする³⁶³。その根拠として彼があげるのが、「ジャーナリストが何者かに罾をかける場合、その目的は、有罪判決を確保することではなく、販売目的のためニュース価値のある情報を得ることである。そして、一般的に、当該情報が公開されたのちに、警察官の関与がなされる。このようなジャーナリストの活動が、国家の道徳的立場をどのように低下させたと見るのかは難しいところである³⁶⁴」という点である。その上で、「ジャーナリストが警察官を伴って、起訴し刑務所に送る目的

³⁶¹ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 331-332.

³⁶² Dyer, op. cit. n.326, p.327.

³⁶³ Ho, "State Entapment" (2010) 31(1) Legal Studies 71.

³⁶⁴ Ho, op. cit. n.363, p. 91.

をもって、行動する場合がある」が、その場合に限って、手続の打切りを認める余地があると述べる³⁶⁵。

これに対して、肯定説は、次のように反論する³⁶⁶。否定説は、私人による罾に手続の打切りを認めるには、悪意が不十分であると説明するが、意図や目的が違うことによって権利侵害の程度にそのような差異が生まれるのだろうか。国家も私人も同じように罾をかけたのであれば、一方に人権侵害があり、他方に人権侵害がないということが認められるのだろうか。この点について、肯定説は以下の2点を強調する³⁶⁷。第一に、ジャーナリストは、時には、起訴されることを直接意図していることもある。さらに、唯一で直接の意図が新聞を販売するということであったとしても、ジャーナリストはその後に彼らが起訴されることを認識しているのであり、それは起訴を暗に意図しているといっても過言ではない。実際にも、マザー・マウッド（ハードウィック&スウェイツ・ケースおよびシャノンケースで罾をかけたジャーナリスト）は、繰り返し罾の手法を使用しており、起訴されることを意図して活動を行っていたといえる。第二に、起訴を目的としていないからといって、私人の行動の悪質性が低下する根拠とはならない。特にジャーナリストの場合には、①ジャーナリストは犯罪の抑止などではなく、新聞を売ることを目的としているため、警察による罾の場合より、より悪質で不当な権利侵害を発生させる恐れがあること、②警察官は法規制を受けて罾捜査を実施するが、ジャーナリストはそのような規制を受けず、犯罪の扇動を行おうとすることが挙げられる。このように国家と私人の罾において、意図や目的の違いがあるが、それによって私人の場合のほうが、権利侵害の程度が低いという結論は導きだせないであろう。

2 「私人による罾」により獲得された証拠は排除できるか

罾捜査に対する救済策として、手続の打切りのほかに、証拠排除も想定しうるため、最後に検討を加える。前述の私人による罾に対して手続の打切りを認めない見解を採用していた Hofmeyr は、私人の罾に対して、違法収集証拠排除法則の適用を認めている³⁶⁸。彼によれば、1984年警察・刑事証拠法 78条は、「訴追側が立証の基礎として申請する証拠につき」と規定しており、権限行使のために、警察の行為が不公正であることを要件としていない。それゆえ、犯罪が罾によって引き起こされたといえる場合には、被告人に対する裁判の公正さを維持するために、当該証拠を排除することも可能とするのである。その上で、当該証拠がなければ、被告人に対する訴追が失敗するケースでは、手続の継続は望ましくないとする。すなわち、公正さを根拠に証拠が排除されるという判断の結果として、手続の打切りを認めるのである。

これに対して、手続の打切りを私人による罾にも適用する見解を取る Deyr は、証拠排除

³⁶⁵ Ho, op. cit. n.363, p. 92.

³⁶⁶ Dyer, op. cit. n.326, p.328-329.

³⁶⁷ Dyer, op. cit. n.326, p.328-329.

³⁶⁸ Hofmeyr, op. cit. n.326, p. 335-336.

をするべきではないとする³⁶⁹。というのも、前述のとおり、罨に対する異議は、不適切に獲得された証拠の使用に関してではなく、そもそも罨によって起訴され、裁判にかけられることに対するものなのである。このように、78条による救済は、副次的な手段であると考えられている。

V 違法収集証拠排除の現状と展望

一 イギリスにおける違法収集証拠排除法則の現状

これまでの考察から、イギリスの違法収集証拠排除法則の展開は、①コモンロー時代、②1984年警察・刑事証拠法時代、③1998年人権法時代の三期に分けて把握することができる。これら三つの時代に形成された違法収集証拠排除のルールは、成立した時代が異なるものの、いずれも現在まで並列的に用いられてきている³⁷⁰。そこで以下では、若干の検討に入る準備作業として、今日の違法収集証拠排除法則の全体像を把握するために、それぞれの時代の判例において、どのような基準で違法収集証拠の排除が行われていたのかを総括しておきたい。

1 コモンロー時代

イギリスにおける違法収集証拠排除をめぐる議論の起源は、民事裁判に求めることができ、そこでは違法に獲得された証拠であっても、証拠としての許容性を有すると考えられていた³⁷¹。また、刑事裁判に目を転じてみると、19世紀を迎えるまで、違法収集証拠排除が正面から争われることは、ほとんどなかった。というのも、1829年のロンドン警視庁設置まで、イギリスには国家的な警察組織が存在せずに捜査権限の行使が限定的であり、捜査による個人の権利侵害という問題が表面化することがなかったのである。19世紀に入り、刑事裁判においても、違法収集証拠排除が争われる事例が少しずつ登場してくるものの、ここでは違法に獲得された証拠であっても許容性を有するという民事裁判と同様の判断が示されていた³⁷²。

その後、1955年のクルマ・ケース枢密院司法委員会判決³⁷³において、被告人に対して不

³⁶⁹ Dyer, op. cit. n.326, p.331.

³⁷⁰ 1984年警察・刑事証拠法 82条3項において、「本編（刑事手続における証拠）の規定は、裁判所が裁量により書証拠を排除する権限に影響を及ぼさない」と定められており、コモンロー時代に確立されていた証拠排除裁量権が同法制定後も有効であることが明示されている。また、1998年人権法により、欧州人権条約の国内法化が図られたことにより、1984年警察・刑事証拠法 78条における「公正さ」概念について、欧州人権条約 6条における「公正な裁判を受ける権利」との適合的解釈が求められるようになった。ただし、違法収集証拠排除を規律する条文が1984年警察・刑事証拠法 78条であることは変わらなかった。

³⁷¹ *Jordan v. Lewis*, [1740] 93 Eng. Rep. 1072.

³⁷² *R v. Derrington*, [1826] 172 Eng. Rep. 189; *R v. Leatham*, [1861] 8 Cox C. C. 498; *Jones v. Owens*, [1870] 34 J. P. 759.

³⁷³ *Kuruma v. The Queen*, [1955] AC 197.

公正な影響を与えたか否かという観点から、違法収集証拠排除の可能性が初めて承認され、その後も違法収集証拠排除の適用の可能性を認める判例が続いて登場する³⁷⁴。ただし、ここでは、なぜ違法に獲得された証拠が排除されるのかという根拠が明示されていなかったこともあってか、コモンロー時代において、実際に証拠排除が行われる事例はごくわずかであった³⁷⁵。そのような中、1980年のサン・ケース貴族院判決³⁷⁶は、違法収集証拠排除の根拠について明示し、「信用性を欠くおそれ」のある証拠に加えて、「黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害」する手法で、犯行後に被告人から獲得された証拠を排除することを認めた。こうして、判例は、信用性を欠くおそれのない証拠であっても、一定の場合に証拠排除することを認めるに至った。ただし、それは黙秘権・自己負罪許否特権が害されたことを根拠としており、極めて例外的であった。このようにコモンロー時代に確立された違法収集証拠排除の裁量権は、非常に限定的な範囲にとどまっていたのである。

2 1984年警察・刑事証拠法時代

違法収集証拠排除の限定的な運用に対する批判が一つの要因ともなって、1984年警察・刑事証拠法では、「その証拠が獲得された状況を含むすべての事情」を考慮して、不公正な証拠の排除を行う旨の規定が置かれた。ここでは、裁判官は、あらゆる事情を総合的に判断し、手続の公正さを基準に、証拠の許容性判断を行えるようになった。つまり、コモンロー時代と比較すれば、被告人から獲得された証拠（黙秘権・自己負罪拒否特権を侵害して獲得された場合）に限定されず、「証拠が獲得された状況」という捜査手法に着目する点で、裁量権の拡大が図られていたのである。

その後の判例を見てみると、1984年警察・刑事証拠法制定から1998年人権法制定までの15年間は、捜査手法に着目して証拠排除の判断を行う前半期と信用性に着目して証拠排除の判断を行う後半期に分類することができる。前半期の判例には、罾という捜査手法に着目して、供述証拠の証拠能力を否定した1986年のHケース刑事法院判決³⁷⁷や1990年のイエーレン&カツ・ケース控訴院判決³⁷⁸がある。また、違法な捜査によっても、その証拠能力に影響がないはずの物的証拠についても、違法な停止後に獲得された呼気のサンプルの証拠能力を否定した1991年のマクグラッドリガン・ケース高等法院女王座裁判所判決³⁷⁹や同じく1991年のゴッドウィン・ケース高等法院女王座裁判所判決³⁸⁰がある。その他にも警察による違法な捜査手法に強い批判を加える判例が散見された³⁸¹。このように前半期の判例は、1984年警察・刑事証拠法の立法趣旨に従い、捜査過程の違法に着目し、証拠排

³⁷⁴ *Callis v. Gun*, [1964] 1 Q. B. 495; *Jeffry v. Black* [1978] Q.B. 490.

³⁷⁵ *R v. Court*, [1962] Crim L. R. 697; *R v. Payne* [1963] 1 All E. R. 848.

³⁷⁶ *R v. Sang*, [1980] A C 402.

³⁷⁷ *R v. H*, [1987] Crim. L. R. 47.

³⁷⁸ *R v. Jelen and Katz*, [1990] 90 Cr. App. R. 456.

³⁷⁹ *D.P.P. v. McGladrigán*, [1991] RTR 297.

³⁸⁰ *D.P.P. v. Godwin*, [1991] RTR 303.

³⁸¹ *R v. Mason*, [1988] 1 WLR 139; *R v. Samuel*, [1988] QB 615; *R v. Dunn*, [1990] 91 Cr App R 237; *R v. Canale*, [1990] 2 All ER 187.

除を積極的に運用する姿勢が見られた。しかし、後半期になると、会話の当事者の同意を得ずに秘密録音された会話の証拠能力を認めた 1993 年のベイリー・ケース控訴院判決³⁸²や 1998 年のチョークリー&ジェフリーズ・ケース控訴院判決³⁸³が登場した。また、物的証拠について、違法に獲得された毛髪を証拠として使用することを許容した 1995 年のコーク・ケース控訴院判決³⁸⁴がある。このように後半期になると証拠の信用性の有無、すなわち、真実発見という視点を重視し、警察による捜査手法の違法性には着目していないように思われる判例があらわれた。

結局のところ、1984 年警察・刑事証拠法時代の違法収集証拠排除の基準をみても、裁判官は、証拠が獲得された全ての状況を考慮し、当該証拠を許容することが手続の公正さに悪影響を与えるか否かを判断していた。また、裁量権の範囲については、立法当時に期待されたほどの拡大傾向は見られず、限定的な運用が続けられてきたとの評価が一般的である³⁸⁵。もっとも、信用性への着目と捜査手法への着目とは、両立が可能な観点であり、前半期と後半期で違法収集証拠の判断傾向が大きく転換したのではなく、証拠能力を問題とする際に、両観点のいずれに力点を置いて問題解決を図るかという違いであるとも考えられよう。

3 1998 年人権法時代

1998 年になって、欧州人権条約を国内法化する 1998 年人権法が制定される。欧州人権裁判所における違法収集証拠に関する取り扱いは、例外的な場合（欧州人権条約 3 条で定められる拷問の禁止に反して証拠が獲得されたような事例）を除いて、条約上の権利に反して証拠が獲得されたとしても、その証拠の使用は、同条約 6 条で保障される「公正な裁判を受ける権利」を侵害することにはならないとの立場（「分離テーゼ」）を採っている³⁸⁶。ただし、2000 年のカーン・ケース欧州人権裁判所判決や 2002 年の PG&JH ケース欧州人権裁判所判決においては、条約上の権利に反して獲得された証拠を使用することが公正な裁判を受ける権利を侵害していないとするのは妥当ではないとの反対意見が付されていた³⁸⁷。すなわち、欧州人権条約 1 条において規定されている「管轄内のすべての者に対して、条約上規定される権利および自由を保障する」という加盟国に課された義務を重視し、条約で保障された権利に反して獲得された証拠によって裁判が行われれば、条約の構造が弱体化するというのである。

イギリス国内の判例に目を向けてみると、1998 年人権法制定後も、1984 年警察・刑事証拠法 78 条に基づいた運用を行えば、欧州人権条約を遵守することになると理解されており、

³⁸² *R v Bailey*, [1993] 3 All ER 513.

³⁸³ *R v Chalkley & Jeffries*, [1998] 2 All ER 155.

³⁸⁴ *R v Cooke*, [1995] 1 Cr App R 318.

³⁸⁵ Martin Hannibal, Lisa Mountford, *The Law of Criminal and Civil Evidence* (2002), at pp. 57-83.

³⁸⁶ *Khan v UK*, [2000] 31 EHRR 1016; *P. G. and J. H. v. United Kingdom*, [2002] Crimil L. R. 308.

³⁸⁷ *Khan v UK*, [2000] 31 EHRR 1016, [0-14]-[0-17]; *P. G. and J. H. v. United Kingdom*, [2002] Crimil L. R. 308, [0-13]-[0-111].

大きな変化はもたらされなかった。また、証拠の許容性に関する異議を申し立てる機会が確保されていることが重要視され、違法捜査による権利侵害と「裁判の公正さ」とは別個に検討すべき問題であるとする姿勢が採用されていることが明らかとなった。しかし、2005年のAケース貴族院判決において、「法は進歩する。イギリス法は以下のような原則へ発展を遂げた。裁判所は被告人が裁判所に連れてこられた方法や彼を有罪とする証拠が獲得された方法に目を閉じることはできない。もし、その手続が受け入れられ証拠が許容されれば、これらの手法は司法の廉潔性を損なわせ、司法権の名を汚すことになるであろう。このような事案において、手続が濫用されていることを根拠に手続を打ち切り、あるいは証拠を排除するであろう³⁸⁸」と判示され、司法の廉潔性に着目する判例が登場する。ここにおいて、従来の違法収集証拠排除の根拠とされてきた観点に加えて、司法の廉潔性という観点を考慮する必要性が明示されたのである。

4 現在の規定

イギリスにおける違法収集証拠の取扱いを理解するためには、コモンロー、制定法および欧州人権条約に目を向ける必要がある³⁸⁹。これら三つの根拠法によって、自動的な証拠排除と裁量的な証拠排除の二種類の証拠排除法則が導き出される。このうち、自動的な証拠排除は、以下の二つのカテゴリーに当てはまる場合に行うものとされる³⁹⁰。①コモンロー上のルールから確立されている自白排除法則に該当する場合。②欧州人権条約の3条で保障される拷問の禁止に反して証拠が獲得された場合。

これらのカテゴリーに当てはまらなければ、それが何らかの違法をともなって獲得された証拠であっても、一旦は証拠能力があるものと判断される³⁹¹。しかし、そのような場合であっても、さらに裁量的な証拠排除を行う余地が認められている。すなわち、コモンロー時代より認められてきた「手続の公正さ」を確保するという目的のため、違法収集証拠を排除する裁量権を裁判官は有しているのである。この裁判官に与えられた裁量権は、後に、1984年警察・刑事証拠法78条1項において、「いかなる手続においても、裁判所は、訴追側が立証の基礎として申請する証拠につき、その証拠が獲得された状況を含むすべての事情を考慮して、その証拠を許容することは当該手続の公正さに有害な影響を及ぼすためこれを許容すべきでないと認められるときは、その証拠を許容することを拒むことができる³⁹²」と、明文で定められた。

現在、1984年警察・刑事証拠法のなかでも、同法78条は実務において最も頻繁に用い

³⁸⁸ *A and others v Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71,[87].

³⁸⁹ Andrew L.-T. Choo, *England and Wales: Fair Trial Analysis and the Presumed Admissibility of Physical Evidence*, *Exclusionary Rules in Comparative Law* (Stephen C. Thaman, 2013), 331 at p. 331.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² 条文の訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部編『イギリス警察・刑事証拠法 イギリス犯罪訴追法』（法曹会、1987）を参照した。

られている規定との評価を受けるまでになっており、自白排除法則に関する同法 76 条³⁹³とともに、証拠の許容性を画する基本原則としての役割を果たすものとして、その重要性は増すばかりである³⁹⁴。その一方で、同法 78 条の適用やその解釈については、不明確な部分が残されているとされ、イギリスにおいて違法収集証拠排除をめぐる議論が沈静化する兆しはみられない³⁹⁵。

二 違法収集証拠排除の判断基準・根拠論の展望

イギリスでは、「公正さ」を判断基準に違法収集証拠の排除の判断が積み重ねられてきた。では、こうしたイギリスの違法収集証拠排除論から、我が国の違法収集証拠排除の判断基準および根拠論をめぐる議論は、いかなる示唆を得ることができるだろうか。以下の点を指摘しておきたい。

1 公正さという観点の位置づけ

そもそも、わが国において、公正さという概念は、刑事訴訟の目的との関係で、「実体的真実の追求も公正な手続という軌道の上で、それを踏みはずさぬ限りにおいて許される³⁹⁶」というように、学説において古くから用いられてきたものであり、これを違法収集証拠排除法則の根拠との関係で論じるならば、適正手続論との親和性が高いであろう。例えば、「違法に収集された証拠を許容すると、審判の公正を害する、デュー・プロセスに反する³⁹⁷」という主張があるように、適正手続論の内実は、「公正さ」を維持することであると捉えることも可能である。すなわち、公正さを害することが、憲法 31 条のいう適正手続の保障に反することになるという理解である。

2 判断基準と公正さ

(1) 「違法の重大性」と公正

³⁹³ 1984 年警察・刑事証拠法 76 条は、自白排除について、以下のように規定する。

第 78 条 2 項

いかなる手続においても、訴追側が被告人の自白を証拠として提出しようとする場合において、その自白が、(a) 被告人に対する強制により、又は、(b) その当時の状況により自白の信用性を失わせると認められる言動の結果として、獲得され又は獲得された疑いがあることが主張されたときは、裁判所は、訴追側においてその自白（真実である可能性のいかんを問わない）が前各号の方法により、獲得されたものでないことを合理的な疑いを越えて証明しない限り、これを被告人に不利益な証拠として許容してはならない。

³⁹⁴ Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (2013), at p.1796.

³⁹⁵ David Ormerod, Diane Birch, *The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence*, *Crim. L. R.* (2004) 767.

³⁹⁶ 高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院新社、改訂版、1978）27 頁。この他、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、1993）230 頁は、「真実を追求すればよいということだけでなく、それはあくまで公正な手続によってなされなければならない」と述べる。

³⁹⁷ 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制」『捜査と人権』（有斐閣、1981）134 頁。このほか、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）357 頁も、証拠排除の根拠の一つとして、違法収集証拠の使用は「訴訟手続の公正さを損ね、適正手続の要請に反する」ことを認めている。

適正手続論からどのような証拠排除の基準が導かれるかという点に目を向けてみると、証拠収集手続に、その後の訴訟手続を一体として不当なものにするほどの著しい違法が存在する場合に限って、証拠が排除されるとする。そのような著しい違法の結果得られた証拠を使用すること自体が、適正手続に反するのであるから、他の事情を考慮することなく証拠が排除されることになる。

さらに、判例が基準として挙げる「違法の重大性」について、「違法の程度がデュー・プロセスに違反するような違法ではないかと推測される³⁹⁸」との見解が示されている。また、適正手続論から、「違法の程度が証拠排除を必要とするほどに重大であるかは、その証拠に基づいて被告人に有罪判決を言い渡すことが、正義又は公正の理念からみて耐えがたいかどうかという基準で判断されることとなる³⁹⁹」との理解も示されている。

イギリスにおいて「公正さ」が証拠排除の基準として長きにわたり維持されてきているという事実は、わが国における証拠排除の基準、特に「違法の重大性」の内実として「公正さ」という観点を取り入れる見解を補強するものといえよう。

(2) 「違法の重大性」と「排除の相当性」を結びつける公正さの観点

欧州人権裁判所において、欧州人権条約上の権利を侵害して獲得した証拠を使用することは、同条約6条で保障される「公正な裁判を受ける権利」を侵害したことになるとの反対意見が付されていた。このような欧州人権裁判所での動向を踏まえてか、イギリスにおいても、「公正さ」という基準での証拠排除の判断の際に、「司法の廉潔性」という観点を考慮要素とする判例が見られるようになってくる。わが国でも、「司法の廉潔性」という観点は主張されており、そこから「違法の重大性」という基準が導き出されるとする見解が有力であった。このように証拠排除の基準、特に「違法の重大性」をめぐっても、司法の廉潔性から導き出されるのか、適正手続論から導き出されるのかというように、別個の議論がなされてきたが、それらを「公正さを侵害するような違法」と見たときには、相反する関係にあるものではないと考えることができよう。

3 根拠論と公正さ

(1) 廉潔性原則と公正さ

それでは、なぜ、「手続の公正さ」を保障する必要があるのか。言い換えれば、わが国において、公正さが侵害された場合に証拠を排除しようとするのはなぜなのか。その根拠について、廉潔性原則、懲罰原則、保護原則、信用性原則の観点から、順に考察を進めてみたい。

廉潔性原則と公正さとの関係について見てみると、適正手続論は「必ずしも一義的な存在であるわけではないが、その主張内容から見て、基本的には、アメリカにおけるいわゆる『司

³⁹⁸ 柳川重規「判例が採用する違法収集証拠排除法則についての検討」法学新報 113 卷 11・12 号 (2007) 711 頁。

³⁹⁹ 鈴木義男「違法収集証拠排除法則の根拠」判例タイムズ 437 号 (1981) 36 頁。

法の無瑕性 (judicial integrity)』の観点を受け継いだもの⁴⁰⁰」と述べられることがある。すなわち、裁判所が汚れない証拠で審理を行うことは、結果的に公正な手続を保障することにつながると思えることが可能となる。

(2) 懲罰原則と公正さ

懲罰原則と公正さとの関係について、「公正な手続という軌道の上においてのみ真実の追求を許すものと解するとき、公権力の発動として憲法上許されない手続によって得られたものに対しては真実発見の手段としての資格を剥奪するのが理論的帰結であるし、また証拠収集機関が重大な違法を犯した場合、その証拠の証拠能力を否定することが公権力発動の公正を担保する上で最も実効性をもつ⁴⁰¹」とされる。すなわち、捜査機関が将来にわたって違法捜査を行わないよう抑止するということは、将来の手続の公正さを維持しようという目的があらわれているともいえるであろう⁴⁰²。

(3) 保護原則と公正さ

保護原則と公正さとの関係について、例えば、適正手続論のように憲法の保障する基本権条項から直接証拠排除を導く見解からは「基本権侵害に対する救済として証拠排除を導く⁴⁰³」との理解が示されることがある。そこでは、権利侵害を回復することは困難であろうが、証拠排除という形で救済することで、手続の公正さの維持に努めることが目指されているといえよう。救済の観点にはわが国の違法収集証拠排除の根拠として取り上げられることは少ないが、手続の公正性という観点を中心に据えた場合には、こうした視点も含むことが可能になる。もっとも、救済の観点を前面に出すことには疑問がないわけではない。というのも、第三者や共犯者に対する違法捜査が実施され、その結果として被告人に不利な証拠が獲得された場合、被告人自身は違法捜査による権利侵害を受けていないため、証拠排除を求める当事者適格があるのかということが問題になる。また、被告人が、違法収集証拠について異議を申し立てなかった場合や同意した場合に、当該証拠を使用しても良いのかも問題となろう。

(4) 信用原則と公正さ

信用性原則と公正さの関係について、イギリスで同原則は、物的証拠について違法収集証

⁴⁰⁰ 井上・前掲注(3) 269～370頁。このほか、高田卓爾・田宮裕『演習刑事訴訟法』(青林書院新社、1972) 238頁〔光藤景校〕は、違法収集証拠排除の「もっとも直截的な理由は、国家が法違反を行い、裁判所がその結果を受容することは、司法の廉潔性を損ない、矛盾かつ不公正であり、かつ国民の間に法に対する侮辱の感情を育てるところにあった」とし、司法の廉潔性と公正さを関連付けて論じている。

⁴⁰¹ 高田・前掲注(396) 202頁。

⁴⁰² ただし、イギリスにおいて、違法捜査抑止論は主張されているものの、判例においては、捜査機関に対する懲罰を加えることは裁判所の役割ではないとして、否定されている。そこには、わが国との裁判所との役割に関する捉え方の違いが存在するのであろうか。

⁴⁰³ 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015) 497頁。

拠の排除を認めない方向に働く要素として考慮されてきた。証拠の信用性があり、事実認定が証拠に基づいて適正に行われるのであれば、それは公正な裁判が維持されているとの考えであろう。わが国においても、違法に獲得された物的証拠であっても、その証拠としての性質に影響はなく信用性が認められるものと考えられており、信用性原則が背後には存在しているものの、それが違法収集証拠排除の根拠論として前面に出されることはなかった。つまり、廉潔性原則・懲罰原則・保護原則が証拠を排除する方向に働くものであったのに反して、信用原則は反作用として機能していたといえよう。

これまで、わが国において主張されてきた違法収集証拠排除の根拠論である適正手続論、司法の廉潔性論、違法捜査抑止論は、相互に排斥し合うものではなく、それぞれから説明が可能であると説かれるものの、その相互関係については十分に検討されてこなかったように思われる。イギリスの動向を踏まえて、わが国の各根拠論の関係性について改めて考察を加えると、違法収集証拠排除の根拠は、適正手続論との親和性が高い「手続の公正さ」の維持に求めることが考えられ、その根拠を①司法の廉潔性、②違法捜査抑止、③救済という三点に求めることが可能であるといえよう。

例えば、「司法の無瑕性論や違法抑止論が適正手続論と関連つけて論じられることも少なくない。しかし、その場合には、当該被告人自体の利益保護という観点からの本来の意味での適正手続が問題とされているというより、もっと一般的な観点から、手続の公正への一般的信頼とか将来の手続の適正化ということが問題とされているとあってよいであろう⁴⁰⁴」という見解や、「結局、証拠排除の根拠ごとに考慮されるべき事項とその比重とに照らして当該収集手続の違法の程度を検討し、当該証拠を許容することが適正手続の保障と司法の無瑕性を含む意味での『手続の公正』を欠くことになるほどの重大な違法であるか否かによって、排除の要否を決定すべきことになろう⁴⁰⁵」という見解が見られることから、こうした理解には一定の説得力が認められよう⁴⁰⁶。さらに、裁判実務の実情をみてみると、「違法収集証拠による証拠の汚れが著しく、それを事実認定の基礎として用いることが、裁判所としての公正さを疑わせる結果を招来する場合に当たるかどうか⁴⁰⁷」を判断しているとの見解もある。

三 私人による違法収集証拠排除の展望

わが国で私人による違法収集証拠の問題が論じられる際は、私人の行為が刑事訴訟法の

⁴⁰⁴ 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、1988）202頁。

⁴⁰⁵ 松尾浩也監『条解刑事訴訟法』（弘文堂、2006、第3版増補版）655頁。

⁴⁰⁶ 守田智保子「違法収集証拠排除の根拠」明治大学大学院法学研究論集32号（2010）214頁は、違法収集証拠の実質的根拠として「公正な手続の保障」、「司法の廉潔性」、および「将来の違法捜査抑止」が考慮されていると現状を把握した上で、「ただし、公正な手続＝適正手続については、憲法31条の要請であるので、この点を法的根拠に組み入れ、実質的根拠は『司法の廉潔性』と『将来の違法捜査の抑止』であり、法的根拠を憲法31条や35条とすることも可能ではなかろうか」と指摘する。

⁴⁰⁷ 大谷直人「違法に収集した証拠」『刑事訴訟法の争点』（2002、第3版）196頁。

名宛人とはならないため、実体法上違法な行為によって証拠獲得を行ったことを根拠に、証拠の排除を導くことができるかという点に焦点が当てられてきた。そして、司法の廉潔性という観点から、私人の行為であっても、証拠を排除すべきとする見解が唱えられてきた。しかし、こうしたこれまでの議論では、司法の廉潔性が害されるのはなぜかといった点や、実体法の他にどのような権利が侵害されるおそれがあるのかといった点にまで掘り下げた検討が十分とはいえない。そこで、以下では、イギリスの私人による罍の議論から、わが国の私人による違法収集証拠をめぐる議論は、いかなる示唆を得ることができるか、検討を加えてみたい。

1 公正さという判断基準の柔軟性

これまでの考察で明らかなように、イギリスでは、私人による罍の手続法的効果として、証拠排除と手続の打ち切りのいずれかの救済を認めようとする考え方が有力になりつつある⁴⁰⁸。その際の判断基準として、証拠排除では「公判の公正さ」が、手続の打ち切りでは「訴追することの公正さ」が侵害されたかどうか焦点が当てられていた。国家による罍と同じく、私人による罍についても、公正さが判断基準とされているのである。

特に、罍に対する手続法的効果の中核とされる手続の打ち切りについてみると、公正さを保障する根拠として、①司法の廉潔性の維持と②権利の保護という二点が挙げられている。このうち、①司法の廉潔性では、私人の場合には法の支配が侵害されていないかという点が考慮される。司法の廉潔性というと刑事手続の担い手である警察官・検察官や裁判官など公的機関を対象とするとの帰結が導かれやすいが、法の支配と読み代えることで、捜査機関であっても、私人であっても法の支配を受ける対象としているのである。これに対して、②権利の保護では、私人の場合には「公正な裁判を受ける権利」を侵害していないか、特に、実際の裁判手続の公正性が確保されているかという点が考慮される。「公正な裁判を受ける権利」の内実としては、「公判 (trial)」における事実認定の公正さに着目されることが多いが、その内実を捜査手続も含めた「実際の裁判手続 (the actual court proceedings)」の保障であると捉え直すことで、私人の罍であっても、公正な裁判を受ける権利が侵害されたとみることができる。

2 わが国の今後の議論の方向性

⁴⁰⁸ もっとも、イギリスで議論の中心とされている罍の事例と、わが国の議論の中心とされているすでに発生した犯罪の証拠を違法に獲得する事例とでは、そこで侵害される権利利益や法規制がことなるため、同様に論じることはできないのではないかという点については、検討を要すると思われる。しかし、①判断基準について見てみても、違法な捜索・押収による得られた証拠と罍によって獲得された証拠では具体的な考慮要素に差はあれど、どちらも「公正性」が害されたかどうかを判断基準としている。②イギリスにおいて、手続の打ち切りと違法収集証拠排除では、根拠論に共通点があり、どちらも司法の廉潔性原則と保護原則を中核としている。③イギリスにおいて、まず証拠排除の検討を行い、それが被告人に対する唯一の証拠であれば、訴権の濫用として手続の打ち切りを認めるという主張が行われることもあり、違法収集証拠排除と手続の打ち切りの関連性が意識されている。

そこで、わが国に目を転じてみると、証拠収集の大部分は警察や検察といった捜査機関に委ねられているが、捜査機関以外の私人によっても証拠収集が行われなければならないわけではない。例えば、被害者が被告人に不利な証拠を違法に獲得するケース、被告人自身が自己に有利な証拠を違法に獲得するケース、ジャーナリストや探偵業者らが事件に関する証拠を違法に獲得するケースなどが想定できよう。というのも、これまで問題の中心は、警察の情報提供者のように警察のコントロール下に置かれている私人に置かれてきた。しかし、警察によるコントロールを受けていない私人の場合には、その証拠収集過程に違法があったとしても、証拠は許容してよいのであろうか。また、ジャーナリストの問題は、取材フィルムやビデオテープの提出と報道の自由の関係で論じられてきたが、ジャーナリストが違法に獲得したものについて、証拠として許容することはできるのであろうか。

このように私人が違法に証拠を獲得した場合に、当該証拠を検察官は証拠として使用し、裁判所はこれによって事実認定をすることが許されるのかは、違法収集証拠に関する新たな重要論点となりうる。こうした問題意識が的外れでなければ、どのような手続法的効果が導かれ、そこではどのような場合に制限を加えるべきであるのかといった点を明らかにする必要がある。その際に、違法収集証拠排除および手続の打ち切りのいずれも「公正さ」を判断基準としており、①司法の廉潔性の観点から、私人の場合には法の支配が侵害されていないかという点、②権利保護の観点から、私人の場合には「公正な裁判を受ける権利」（特に、実際の裁判手続の公正性）を侵害していないかという点を考慮しているイギリスにおける畏をめぐる議論が一つの参考にはなる。

VI おわりに

本稿では、大きく分けて次の三つの課題に取り組んだ。第一に、イギリスにおける違法収集証拠排除法則をめぐる判例の動向を整理することで、どのような判断基準および考慮要素にもとづいて証拠を排除しようとしてきたかを明らかにすること。第二に、判断基準の明確化にも関連して、イギリスにおける違法収集証拠排除の根拠論、すなわち、なぜ証拠価値に変化はないにもかかわらず証拠能力を否定しようとするのかを明らかにすること。第三に、イギリスにおける違法な証拠収集活動の手続法的効果として、特に畏の手法に着目し、国家による畏と私人による畏とでは、その手続法的効果にどのような差異が生じるのかを明らかにすること。こうした三つの課題の検討を通じて、わが国における違法収集証拠排除をめぐる今後の議論の方向性について、展望を試みた。

第一の判断基準について、イギリスでは「公正さ」という判断基準が1984年警察刑事証拠法78条で明文化された。こうした公正さの判断に際して、イギリスでは、通常外部から認識され得ない事柄に対する侵害があったかという点が着目されてきた。例えば、ペイン・ケースやコート・ケースでは医師によって身体内部の状態（飲酒の程度）が明らかにされた

ため、証拠が排除されたが、カリス・ケースでは外部からも認識可能な指紋の採取であったため、証拠は排除されなかった。ここからは、自己負罪拒否特権の侵害の程度の差が証拠排除の可否の分岐点となっているとみることができよう。そして、1998年人権法制定以降も、どのような権利（特に欧州人権条約上の権利）が侵害されたのかという点が重視されており、ある捜査手法の違法の程度という単一の基準ではなく、侵害された権利の性質や重要性（欧州人権条約3条・6条・8条のどの権利が侵害されているかという3つの視点）を考慮しようとしている。

このようにイギリスの違法収集証拠排除では、公正さの判断の際に、どういった権利侵害が存在するかという点が重視されているが、ここからは、わが国の判断基準である「違法の重大性」のなかに公正さ（適正手続論との親和性がある）という観点を含める可能性を認めることができるものと思われる。もし、こうした理解が可能であれば、学説において、「違法の重大性」は司法の廉潔性から導かれるものとされているが、適正手続の観点との融合を図ることにもつながるであろう。

第二の違法収集証拠排除の根拠論について、イギリスにおいて「公正さ」という判断基準からの証拠排除を行うのは、信用性原則、懲罰原則、保護原則、廉潔性原則という四つの原則から導かれた帰結であると理解されていた。イギリスの違法収集証拠排除法則の根拠としては、真実発見に力点を置いた信用性原則および被告人の権利保護に力点を置いた保護原則が中心に据えられてきたが、近年では、手続の打切り論の主たる根拠とされてきた廉潔性原則を証拠排除の根拠としても採用すべきであるとする考えが有力になりつつある。なお、イギリスの判例において、将来の違法捜査抑止のために証拠排除を行うという考え方は、採用されていない。

こうした議論状況からわが国の根拠論のあり方について考察を加えてみると、違法収集証拠排除の根拠としては、適正手続と親和性のある「公正さ」に求める可能性を導くことができ、その「公正さ」維持の必要性を従前論じられてきた違法捜査抑止と共に、司法の廉潔性という観点から説明することが一つの可能性として浮かび上がってこよう。なお、違法収集証拠排除の根拠論のなかで、懲罰原則を採用していないことが、後述する私人による違法収集証拠排除の問題にも影響を及ぼしていると思われる。

本稿では、イギリスにおける違法収集証拠排除の判断基準およびそれを支える根拠論を参考に、「公正さ」という観点からわが国の違法収集証拠排除論がいかなる示唆を得られるか検討を加えてきた。しかし、「公正さ」という観点を持ち出したところで、そこからわが国に妥当する違法収集証拠排除法則がダイレクトに導かれるわけではない。イギリスにおける通常外部から認識され得ない事柄に対する侵害があったかという観点からわが国の問題を見てみると、「体の内部」にあるものに対する侵害として、強制的に採尿や採血を行う場合、実務では解決が図られているが、その証拠能力について学説では決着を見ない点も残されている。また、ある者の「頭の内部」にあるものに対する侵害として、捜査官であることを秘して、犯行に関する供述をさせて録音させたような場合の証拠能力も問題となるで

あろう。こうした通常外部から認識され得るかかどうかという観点は、イギリスにおいて「公正さ」判断の際、自己負罪拒否特権が侵害されたかどうかを見極める重要な要素とされている。わが国においても、こうした観点が「公正さ」を判断する際の一事情として有益となるのではないだろうか。また、体や頭の内部にあるものを取り出すという類型ではないが、外部から一般的に認識できないものを侵害しうる捜査手法として、いわゆる GPS 監視捜査がある。近年、秘密裏に個人の位置情報を取得する捜査と違法収集証拠排除の関係が大きな問題となり、平成 29 年 3 月 15 日には最高裁大法廷判決⁴⁰⁹も出されたが、その他の捜査手法も含め、引き続きわが国の判例・学説について多角的な検討を加えて行きたい。

最後に、違法収集証拠の手続法的効果について、特に罊の手続法的効果として導かれる証拠排除および手続の打切りは、いずれも「公正さ」を判断基準としていた。すなわち、証拠排除では公判における公正さが争点とされ、手続の打切りでは、そもそも被告人を裁判にかけることの公正さが争点とされるのである。わが国においては、罊の手続法的効果、特におとり捜査の手続法的効果として違法収集証拠排除の可能性が認められてきたが、最判平 28 年 12 月 19 日⁴¹⁰は被告人が訴訟能力を失い回復の見込みがない場合、裁判所は明文の規定がないものの刑訴法 1 条に規定する目的に照らし、同法 338 条 4 号に準じて、公訴棄却判決を下すことができると判示している。最判昭和 53 年 9 月 7 日は、刑訴法 1 条の趣旨に照らして違法収集証拠排除の可能性を認めていたことを踏まえて考えてみると、おとり捜査等に関して、証拠排除以外の手続法的効果、とりわけ刑訴法 1 条の趣旨に照らして手続の打切りを認める可能性を再検討するきっかけになりうるように思われる。

次に、私人による場合に目を向けると、イギリスの判例では、違法捜査抑止の観点が考慮されないこともあり、私人の場合でも、「公正さ」を侵害したとして、証拠排除および手続の打切りを導く可能性が認められている。イギリスにおいて、ジャーナリストの罊によって違法に証拠が獲得されるケースが頻発しているように、わが国でも今後同様の事例が生じないとはいえず、そのためにも私人による違法な証拠収集活動に対する手続法的効果のあり方を考察しておく必要性は認められよう。ただし、イギリスでは「罊」を中心にした議論が行われており、一般的な違法な収集証拠活動に関する問題（私人が違法に住居に侵入し証拠物を得るようなケースへの対応）については、さらに検討を加え、判例の動向に注目していきたい。

⁴⁰⁹ 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁。

⁴¹⁰ 最高判平成 28 年 12 月 19 日刑集 第 70 卷 8 号 865 頁。