

刑事免責に基づく証言強制制度 (5)

榎 本 雅 記

はじめに

第1章 わが国の問題状況

第1節 ロッキード事件以前の議論状況

第2節 ロッキード事件をめぐる議論状況

第3節 近時の議論状況

第4節 小括 (以上、54巻3号)

第2章 アメリカ合衆国連邦法域における検察側証人免責の展開

第1節 Kastigar 判決にいたる制定法・判例の展開 (以上、55巻2号)

第2節 Kastigar 判決以降の判例の動向

第3節 学説の議論状況

第4節 実務の運用状況

第5節 小括 (以上、55巻4号)

第3章 アメリカ合衆国連邦法域における弁護側証人免責の展開

第1節 判例の展開

第2節 学説の議論状況

第3節 小括 (以上、56巻2号)

第4章 わが国への制度導入のための示唆

第1節 刑事免責制度の合憲性

第1項 自己負罪拒否特権との関係

第2項 平等条項との関係

第3項 三権分立原則との関係

第4項 弁護側証人免責特有の問題

第2節 刑事免責制度の適法性

第1項 検察側証人免責の適法性

論 説

第2項 弁護側証人免責の適法性（以上、本号）

第3節 立法論の展開

おわりに

第4章 わが国への制度導入のための示唆

本稿では、第1章でわが国における刑事免責制度についての議論の到達点を確認し、第2、第3章で比較法的知見を得るべく、当制度運用に長年の実績を持つアメリカ合衆国連邦法域における判例・学説の展開、実務の運用状況等について観察してきた。

本章では、これらの知見に基づき、わが国への刑事免責制度導入を検討する際に問題となる法理論的問題について試論を展開したい。以下、第1節では刑事免責制度の合憲性、第2節では現行法下での適法性、第3節で立法論を展開するにあたっての問題点とその検討という順に考察を進めていくことにする。

第1節 刑事免責制度の合憲性

刑事免責制度がわが国の憲法に適合するのか、また適合するとしてもいかなる条件の下で適合するのかについて検討するのが本節の目的である。わが国には、現在のところ当制度を予定した規定は存在しないが、刑事免責制度の合憲性を検討することで、立法すること、あるいは現行法上刑事免責を執行することがそもそも憲法上可能であるのかどうかを解明できるだけでなく、導入・執行可能であるとしても、どの範囲で導入・執行が許されるのかという、制度導入・執行に関する基本的枠組みが明らかとなる。

この問題について、最高裁は、「我が国の憲法が、その刑事手続等に関する諸規定に照らし、このような制度の導入を否定しているものとまでは解されない」と述べており、当制度の導入は可能であるとしている。しかし、その理由付けは、「[わが国の] 刑事手続等に関する諸規定に照らし」とのみ述べるにとどまっていた¹。

また、この判例は、憲法は当制度の「導入を否定しているものとまでは

解されない」といっているのであって、正確に言えば当制度の導入が常に違憲であることを否定しているに過ぎず、当然のことながら当制度の導入方法によっては違憲となる可能性を否定するものではない。しかし、この判例からは、どのような導入方法であれば憲法に適合するかについて読み取ることは不可能である。

本節では以上のような点を踏まえつつ、刑事免責制度の合憲性を検討することにするが、そもそも刑事免責制度が侵害する可能性のある憲法上の権利にはどのようなものが考えられるであろうか。

第1に考えられるのは、言うまでもなく自己負罪拒否特権（憲法38条1項）である。これが問題となるのは、刑事免責中、免責付与によって証言を強制する場面においてである。刑事上の免責付与の結果、強制される供述が「不利益でない供述」といえなければ憲法上の問題が生じる。この点は、検察側証人、弁護側証人いずれにも同様に妥当する問題点と考えられる。アメリカ合衆国連邦法域における免責法の合憲性に関する議論においても、その中心は、連邦憲法修正5条の自己負罪拒否特権との抵触に関するものであった²。

第2に、平等条項（憲法14条）との関係が問題となりうる。すなわち、刑事免責付与によって、共犯者の一部を訴追・処罰しないことが、(1) 訴追・処罰される共犯者との関係において、あるいは(2) 当該事件には関係のない訴追・処罰される一般の被疑者・被告人との関係において不平等であるというものである³。さらに細かくいうなら、(1) では、免責付与される証人とそれにより有罪とされる被告人との関係、複数の証人のうち、免責を付与され放免される証人と免責付与されず訴追される証人との関係がそれぞれ平等条項上問題となる可能性がある。上記(1)と(2)については、検察側証人免責ばかりでなく、弁護側証人免責について

1 最大判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁参照。

2 特に、本稿第2章第1節第2項（名城法学55巻2号38頁以下）参照。

3 田口守一「立法のあり方と刑事免責・証人保護等」刑法雑誌37巻2号（1998年）、本稿第1章第3節第1項（名城法学54巻3号128頁以下）参照。

も問題となりうるが、(1) については検察側証人免責特有の問題と考えられよう。

第3に、日本で問題とされることは比較的少ないようであるが、三権分立原則との関係である。アメリカ合衆国での免責制度の展開を観察してきた中で、この問題が指摘される場面がいくつか見受けられた。すなわち、

免責法は実質上恩赦とかわりがなく、連邦犯罪に関する限り恩赦付与権は大統領のみの特権であるから、議会による免責法の制定は、この大統領権限を侵害することになるのではないが⁴、免責付与に関する実質的決定権を裁判所がもっているとするなら、それは裁判所がもつ司法権を逸脱するものであり、行政府がもつ訴追に関する権限を侵害することになるのではないが⁵、にも関連するが、裁判所に免責付与権限を与えるとすると、制定法によって免責付与権限を検察官にのみ付与した立法府の意思にも反することになるのではないが⁶、という諸点が問題となりうるとされていた。

第1項 自己負罪拒否特権との関係

憲法38条1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」と規定する。刑事免責制度は、証人に対して刑事免責を付与し、証言を強制する制度であるから、このような証言強制が、憲法にいう、自己に不利益な供述の強要にあたらぬかどうか問題となる。そこで、以下では、まず自己負罪拒否特権の具体的内容について、憲法38条1項の文言に沿って、「自己に不利益な供述」と「強要されない」に分けて確認することにし、その後、各種免責形態の合憲性についての検討に進むことにしたい。

-
- 4 See *Brown v. Walker*, 161 U. S. 591, 638 (1896) (Field, J., dissenting). 本稿第2章第2項三および四(名城法学55巻2号42頁以下)参照。
 - 5 検察側証人免責について、See *Ullman v. United States*, 350 U. S. 422, 426 (1956). 本稿第2章第1節第5項(名城法学55巻2号60頁以下)参照。弁護側証人免責について、本稿第3章第2節第1項(名城法学56巻2号80頁以下)参照。
 - 6 本稿第3章第2節第1項(名城法学56巻2号80頁以下)参照。

一、「自己に不利益な供述」

憲法 38 条 1 項にいう「自己に不利益な供述」とは、自己が刑事上の責任を問われるおそれのある事項についての供述、つまり自己が刑罰に科せられる基礎となる犯罪事実、および量刑上不利益をもたらすとみられる事実についての供述とされており、財産上の損害や名誉の低下をもたらすような事実についての供述は含まれないとするのが一般的な理解である。判例も同条項の意義について、「何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきである⁷」として、同様の理解を示している。

また、本条項は、アメリカ合衆国連邦憲法修正 5 条中の、「何人も刑事事件において自己に不利益をもたらす証言を強制されることはない」との規定を範とするものであるが、当の合衆国憲法も同様の解釈をとっている。

このような解釈によれば、刑事上の責任を問われなかったことを事前に保障すれば、すなわち刑事免責を付与すれば、その供述はもはや「自己に不利益な供述」ではなくなり、証言を強制できる可能性がでてくることになる。もっとも、この場合の「刑事上の責任を問われなかったことの事前保障」を全うするために、具体的にいかなる措置をとればよいのかについてさらに検討が必要となる。

それに対して、「自己に不利益な供述」を、刑事上の責任を問われるおそれある事実限定せず、「自己の人権保障に不利益な供述」と広く解すべきであるという見解がある⁸。この見解は、その論拠として、日本国憲法 38 条 1 項とアメリカ合衆国連邦憲法修正 5 条とは、規定の仕方が異なり、修正 5 条の解釈をそのままわが国の憲法解釈に持ち込む文言上の必然性はない、38 条 1 項は、同条 2 項、3 項とは異なり、「自白」という

7 最判昭和 32 年 2 月 20 日刑集 11 卷 2 号 802 頁。

8 このような見解からは、憲法 38 条 1 項が認める特権を自己「負罪」拒否特権と呼ぶことは不適當であり、条文の文言からいっても、たとえば「自己に不利益な供述拒否特権」とでも呼ぶ方が適當であるということになるが、ここではさしあたり先例にならって自己負罪拒否特権という文言を用いることにする。

表現を用いず、「自己に不利益な供述」という表現を用いており、後者の方が包括的な文言である、人権の最大限の尊重原則、適法手続主義に鑑み、「自己に不利益な供述」を通説のように限定する合理的理由がなく、刑事手続においても、名誉・信条・学問・財産その他の人権は最大限尊重されるべき、ということを挙げる⁹。

「自己に不利益な供述」の内容をこのように解するなら、証言強制を可能とするには、証人に対して刑事免責だけでは足りず、その他当該証人の人権保障に関する不利益（名誉・思想・信条・学問・財産その他の人権に対する不利益）が証人に及ばないことまで保障しなければならなくなる。しかし、それらすべての不利益の回避を事前に保障することは実際上不可能であり、そうであるなら、結局この見解によれば、証言強制が憲法上許される余地は一切存在しないことになる。

また、たとえ「不利益」の内容をここまで広く解さないとしても、「不利益」内容が少なくとも刑事責任に限定されないと解するならば、刑事免責付与のみに基づく証言強制は、なお「自己に不利益な供述」たり得るのであるから、そのような証言強制はやはり憲法上許されないことになるであろう。

結局、刑事免責制度がそもそも憲法 38 条 1 項に適合するかという問題は、同条項にいう「自己に不利益」な証言の内容を、刑事免責制度によって不利益なものでなくすることのできる刑事責任に限定することができるかどうかという問題と同値となるのである¹⁰。

したがって、この問題に答えるためには、自己負罪拒否特権の範囲を確定する必要がある。それを本稿で詳細に展開することはできないが、少な

9 たとえば、芦部信喜編『憲法 人権 (2)』（有斐閣、1981 年）210 頁以下 [杉原泰雄執筆] 参照。

10 もちろん、「不利益」の内容を刑事責任よりも広く解釈するとしても、それに対応する刑事免責以上の広い免責を保障できるのであれば、合憲性を維持できるということになるのかもしれないが、そのためには「刑事」免責という範疇を超える免責制度を考えることにならざるを得ないであろう。

くとも以下の各点を指摘することはできる。

第1に、日本、アメリカ合衆国いずれでも、「自己に不利益な供述」を刑事責任に限定するのが現在の圧倒的な通説であり、憲法制定当初からの解釈でもある¹¹し、さらに判例上も両国ともこの見解に立っている。また、合衆国でのこのような理解は、歴史的な展開の上に成り立っていると理解されている¹²。

第2に、本特権について、日本では自己「負罪（帰罪）」拒否特権と呼び、アメリカ合衆国では Privilege against "Self-Incrimination" と呼んでおり、このような用語法に特段の疑問を生じていない。

第3に、必ずしも明らかとまでは言えないものの、憲法制定者の意思としても、刑事責任に限定するとの趣旨が、憲法制定過程の研究から読み取れる部分がないではない¹³。また、少なくとも合衆国の修正5条よりも拡大する趣旨は読み取れない。

第4に、反対説が言うような包括的な特権を証人に与えることになると、検察側証人の場合には、訴追上の単なる不都合という以上に、場合によっては、憲法が当然の前提とする刑罰権の発動という国家権能を侵害することにもなりかねない¹⁴し、また弁護側証人の場合には、被告人の証人を得

11 法学協会編『註釈日本国憲法（上）』（有斐閣、1953年）660頁参照。

12 自己負罪拒否特権に関する文献は多いが、包括的な歴史研究書として、たとえば、LEONARD W. LEVY, ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT (1968)、R. H. HELMHOLTZ ET AL., THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION: ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT (1997) がある。

13 たとえば、憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997年）412頁以下【小坂井久執筆】からも、日本国憲法の制定過程において、「自己に不利益な供述」を刑事責任以上の不利益まで拡大する意図があったことは示されていない。

14 最高裁は、接見制限規定（刑訴法39条3項）の合憲性を判示した判決において、「憲法は、刑罰権発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない」と述べている。最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁参照。

る権利等を侵害することになりかねない。

二．「強要されない」

憲法 38 条 1 項にいう、自己に不利益な供述を「強要されない」とは、直接強制が許されないことはもとより、罰則によって証言強制を担保する間接強制も許されず、さらに供述拒否を理由として本人に不利益な推測をすることも許されないということの意味する。

では、自己に不利益でない供述なら、証言者に証言を強要することが許されるのであろうか。

この点に関して、まず直接強制¹⁵は、人間の尊厳、人格的な自律権等を冒すものであって、プライバシーの権利を侵害するものとして当然に許されない。その意味で自己に不利益な供述の直接強制は、憲法 38 条 1 項を侵害し許されないと同時に、プライバシーの権利の侵害として許されないと考えられる。

したがって問題となるのは、自己に不利益でない供述を間接的に強要する行為が許されるかということである。基本的には、憲法 38 条 1 項の反対解釈、刑訴法 143 条以下の証人尋問規定に証言の間接強制規定があり、証言の間接強制が合憲であることを前提としていること等から考えて、自己に不利益でない供述の間接強制は当然に許されているものと解される¹⁶が、若干の疑義がないわけではない。というのは、憲法上いわゆる「沈黙の自由」ということが言われることがあり、憲法 19 条が保障する思

15 身体的・精神的に証言者に直接圧力を加える等の手段の他、たとえば麻酔分析等の手法が考えられる。

16 被疑者・被告人については、刑訴法上、憲法上の権利に加えて、すべての供述について強制されない権利である黙秘権が与えられていると考えられている。ただし、被疑者・被告人に対する黙秘権自体憲法上の権利であるとの見解もある。この見解によれば、被疑者・被告人については、自己に不利益でない供述であっても憲法上証言を強制されないことになる。したがって、自己に不利益でない供述の間接強制が許される対象は、被疑者・被告人を除く証人ということになる。

想・良心の自由もしくは憲法 21 条が保障する表現の自由によって基礎づけられると考えられているからである。

しかし、「沈黙の自由」も常に絶対的なものとすることはできず、これと衝突する権利・利益との関係によっては譲歩しなければならない場合もあるものと思われる。特に刑事手続において、証人の証言によって事案の真相を解明するという重大な利益の前であって、自己の不利益にならない証言を拒否するという意味での「沈黙の自由」は認められないと解するのが妥当であろう。

したがって、「自己に不利益でない供述」であれば、憲法上証人等に証言させるために間接強制の手段を用いても憲法上問題は生じないと解するのが妥当であろう。

三．免責形態と自己負罪拒否特権

以上の検討から、自己負罪拒否特権の保護範囲は刑事責任に限定され、その他の責任や不名誉等は範囲に含まれないことを、以降の議論の前提とする。つまり、「自己に刑事責任を課されるおそれのない供述」であれば、間接強制という手段によって証人に証言を強制しても憲法上問題は生じない、ということになる。

この前提に立って、次に問題となるのは、どのような形態の免責を付与すれば、刑事責任を課されるおそれのない供述というに十分な保障を証人に与えたことになるのか、という点である。

アメリカ合衆国での展開の中ででてきた免責形態は、単純使用免責形態、行為免責形態、使用・派生使用免責形態、の3種類であった。

まず、の免責形態では、自己負罪拒否特権を消滅させるに不十分であることは明らかである。とは、強制された証言の後訴での使用を禁じるだけであるから、証人を訴追するにあたって、強制証言から派生した証拠は自由に使用できることになり、そのような保障では自己負罪拒否特権に代わるものとはならないからである。合衆国でも *Counselman v. Hitchcock* 事件において、同様の理由から単純使用免責法は憲法上許され

ないと判示していた¹⁷。

次に、 の行為免責形態であるが、この形態の免責法は、強制証言に関する事項のため訴追されない、とするのであるから、有罪・無罪・免訴の確定判決があった場合や、公訴時効の完成等免訴事由がある場合と同様、まったく訴追の可能性がなく、自己負罪拒否特権は消滅すると考えられる。したがって、行為免責形態の免責法は、自己負罪拒否特権と抵触しない。合衆国でもこの理解に対して異論はない。

最後に、 の使用・派生使用免責形態についてであるが、これは、強制証言そのものに加えて、強制証言から直接・間接に導かれた証拠は、証人に不利益な証拠としては、その使用を禁じるという免責形態をいう。アメリカ合衆国連邦最高裁は、この免責形態によると、証人と訴追当局とを、証人が自己負罪拒否特権を行使して証言を拒否した場合と実質的に同一の立場におくことになるので、自己負罪拒否特権を消滅させるのに十分である、として当該形態の免責法について合憲との判断を下していた¹⁸。

たしかに、当事者を、証人が特権を行使して証言拒否した場合と同様の状態におくことが、当該免責法によって可能なのであれば、そのような免責法は憲法上許されることとなろう。その意味で、使用・派生使用免責は自己負罪拒否特権に抵触しないと結論は正しいと思われる。

しかし、合衆国において *Kastigar* 判決以降も、許されない派生使用の範囲をめぐる激しく争われていた¹⁹ことから分かるように、問題は、当該免責形態が使用を禁止している、「免責証言から直接・間接に導かれた証拠」がどの範囲を意味するのか、という点であって、これについてさらに詰めて検討する必要がある。派生使用のとらえ方によっては、適用・運用上違憲とされる場合が生じうる。この点については、後述することに

17 *Counselman v. Hitchcock*, 142 U. S. 547 (1892). 本稿第 2 章第 1 節第 2 項二 (名城法学 55 巻 2 号 40 頁以下) 参照。

18 *Kastigar v. United States*, 406 U. S. 441 (1972). 本稿第 2 章第 1 節第 5 項三 (名城法学 55 巻 2 号 70 頁以下) 参照。

19 本稿第 2 章第 2 節第 1 項 (名城法学 55 巻 4 号 173 頁以下) 参照。

する。

第2項 平等条項との関係

平等条項（憲法 14 条）の観点から問題があるとするなら、誰と誰との関係が平等条項上問題となるのかが、まず問われなければならない。刑事免責制度が平等条項に抵触する可能性がある場合として、次のようないくつかの関係が考えられる。

免責付与される証人と免責証言によって有罪とされる被告人との関係
複数の証人間において、免責を付与される者と付与されない者との関係

より一般的に免責を付与されて処罰されない者と通常通り処罰される者との関係

なお、検察側証人免責については、すべてが問題となりうるが、
弁護側証人免責については は問題とならない。

ところで、憲法 14 条に規定される法の下の平等は、一般的に次のように解されている。すなわち、法の下の平等とは、不合理な差別を認めない点にその趣旨があり、現実的な事実上の差異を無視して、まったく機械的均一に扱うとすれば、かえって不合理であることにもなるので、事実上の差異に着目し、等しいものは等しく、等しくないものは等しくなく取り扱うべきだとする相対的平等の意味に解するのが妥当である。言い換えるなら、合理的な区別と不合理な差別とを区別して後者のみが禁じられると解すべきである、ということになる。結局区別することに合理性があるか否かによって、平等原則に反するかどうかが決まるということである²⁰。

この合理性を判断するために具体的にとられる平等条項の違憲審査基準として、14 条後段の列挙事由に関しては原則として不合理なものであるから、立法目的が必要不可欠なものであることを要求する「厳格審査の基

20 たとえば、野中俊彦=中村睦男=高橋和之=高見勝利『憲法（第5版）』（有斐閣、2012年）283頁以下参照。

準」ないし、立法目的が重要なものであることを要求する「厳格な合理性の基準」が適用され、それ以外の事由に関しても、いわゆる「二重の基準」の考え方に基づき、対象となる権利の性質の違いを考慮して、立法目的と立法目的を達成する手段という2つの側面から合理性の有無を判断すべきである、と考えるのが一般的な見解であろう²¹。

このような見解に基づき、刑事免責法の合憲性を判断するとどうなるのであろうか。

第1に、検察側証人免責の場合における の関係、すなわち免責付与される証人と免責証言によって有罪とされる被告人との関係についてであるが、実はこの場合基本的には平等上の問題が生じる余地はないように思われる。なぜなら、平等であるかどうかを比較する対象が、被告人と証人であって、この場合に被告人が平等を求めるとなると、それは自分を証人と同様に扱え、と要求していることになり、それは被告人として審理対象となっているという地位と相容れないからである。

確かに、たとえば両者が共犯関係にある場合を想定すると、一方は証人として免責を与えられ、他方は被告人として免責証言を使用して有罪とされることについて、やはり平等上の問題があるのではないかと考えられるかも知れない。しかし、これは両者が被告人と証人という関係になる前の段階、すなわち、共犯のうち誰を訴追し、誰を証人として証言を得るか、という点についての決定を訴追機関が下す段階の問題であって、そうであるなら被告人が問題とできるのは、共犯同士でありながら、なぜ自分が訴追され、共犯者は訴追されないのか、という点ということになり、結局問題点は、問題点 と同一問題を述べていると言うことになるように思われる。

第2に、検察側証人、弁護側証人両者ともに問題となりうる の関係、すなわち複数の証人間において、免責を付与される者と付与されない者と

21 たとえば、芦部信喜 [高橋和之補訂] 『憲法 (第5版)』 (岩波書店、2011年) 130頁以下参照。

の関係が問題とされる場合である。免責される証人と免責されない証人との法的地位の違いを考えると、前者が後者に比べて有利になるのは、のちに証言内容に関する犯罪行為で訴追される可能性がなくなる（行為免責の場合）、あるいは可能性が低くなる（使用・派生使用免責の場合）という点であろう。しかし後者も免責が付与されなかったからといって、のちに訴追されることも限らないので、免責付与の有無から生じる有利・不利という点はごくささいなものである。また、もしこのささいな差が問題であるとしても、前述した平等原則の違憲審査基準から考えて、違憲とは到底言えないように思われる。

の関係で問題と感じられるのは、証人同士で免責が与えられるか否かの差そのものから生じるのではなく、免責を付与された証人と、免責付与をされずにのちに訴追される証人との差から生じるものと考えられる。そうであるなら、やはり のところで検討したように、結局 の問題点に帰着するものと考えられるのである。

以上のように考えると、平等条項上問題が感じられる源泉は、 の点に収斂するように思われる。では、 の点に平等条項上問題はあるのだろうか。たとえば、共犯関係にある者のうち、ある者は免責を付与され訴追されず、ある者は免責を付与されず訴追されるという事態を想定すると分かりやすい。

結論から言えば、この場合も通常の場合には、平等条項に違反するとは言えないように思われる。誰を訴追し、誰を訴追しないかについては、訴追機関の裁量が幅広く認められており、訴追機関は諸般の事情を勘案して訴追するか否かを合理的に判断している限り、そのような区別は許されるからである。

最高裁は、差別的捜査に関する事案において、

「このように、被告人自身に対する警察の捜査が刑訴法にのつとり適正に行われており、被告人が、その思想、信条、社会的身分又は門地などを理由に、一般の場合に比べ捜査上不当に不利益に取り扱われたものでないときは、かりに、原判決の認定するように、当該被疑事実

につき被告人と対向的な共犯関係に立つ疑いのある者の一部が、警察段階の捜査において不当に有利な取扱いを受け、事実上刑事訴追を免れるという事実があつたとしても (...)、そのために、被告人自身に対する捜査手続が憲法 14 条に違反することになるものでない...²²」と判示した。この判決の趣旨から考えて、免責法についても平等違反の問題は生じないとする見解がある²³。この判決の趣旨は要するに、不合理な理由により不当な不利益を与えられた場合には平等条項違反となるが、共犯者がいくら有利な取扱いを受けたとしても、本人が通常の捜査をされている以上、本人になんら不利益はなく、被告人自身に対する捜査手続が憲法 14 条違反になることはない、ということである。そうであるなら、判例とこの見解は、平等権を「標準的処遇を求めるまでの権利」と解する立場を前提としていることになる。しかし、「平等が問題となるのは、常に相対的な他との取扱いの違いであって、絶対的な標準的処遇というものは、存在しない」との立場²⁴からは、疑問が残ることになる。

したがって、訴追、非訴追を不当な理由で区別しているような例外的な場合には、本人が不利益を与えられた場合に限らず、平等上の問題が生じる余地はあるものの、免責法自体が平等条項上問題となることはなく、法執行上、前述のような問題が例外的に生じる余地が残るというに過ぎないということとなる。

第 3 項 三権分立原則との関係

前述の繰り返しになるが、合衆国での議論において免責法が三権分立上疑義が生じるとされた場面は、免責法は実質的に恩赦とかわりなく、連邦犯罪に関する限り恩赦付与権は、大統領のみが持つ特権であるから、議会による免責法の制定は、この大統領権限を侵害することになるのでは

22 最判昭和 56 年 6 月 26 日刑集 35 卷 4 号 426 頁。

23 本稿第 1 章第 3 節第 1 項 (名城法学 54 卷 3 号 128 頁以下) 参照。

24 たとえば、野中ほか・前掲注 (20) 288 頁参照。

ないか、免責付与に関する実質的決定権を裁判所がもっているとするなら、それは行政政府の持つ訴追に関する権限を裁判所が侵害することになるのではないか、に関連するが、裁判所に免責付与権限を与えたとするなら、制定法によって免責付与権限を検察官にのみ付与した立法府の意思にも反することになるのではないか、の諸点であった。

一．実質上恩赦法である免責法は行政権を侵害するとの見解

の議論が日本法上でもそのまま同様に行けるとするなら、免責法は実質的には恩赦とかわりがなく、国会が実質的に恩赦を与えることになる免責法制定は、恩赦付与権をもつ行政権限に対する侵害となるのではないか、という疑問となる。

恩赦はもともと君主がその恩恵と慈愛の発露として民衆にほどこす行為として行われたものであったが、民主権原則を掲げる日本国憲法上では、司法権に重大な影響をおよぼす恩赦をそのような理由で正当化することはできない。そこで、現在恩赦は、法律上刑罰規定が社会的状況の変化に適切に対応しきれず硬直化するに至った場合に、具体的妥当性の回復措置として利用される制度であるとして理解されている²⁵。

恩赦付与を決定する権限は、日本国憲法上、内閣に与えられており（憲

25 たとえば、野中ほか・前掲注(20)129頁、および同『憲法(第5版)』(有斐閣、2012年)212頁参照。恩赦法の目的・機能について、中野次雄「恩赦制度の新方向」警察研究20巻3号(1949年)26頁が詳しい。また、この点につき、立法当時に作成された、当時の法務庁検務局恩赦課による「恩赦制度審議会における最終意見書及び勧告書」(1948年11月)(法務省保護局『恩赦制度に関する資料』(保護資料第12号)(1957年)25頁以下所収)の「最終意見書 第一 総括的意見」部分によると、「もとより恩赦は沿革的には君主の恩恵をその出発点としていると考えられるが、今日においてこれを見れば、法の画一性に基く具体的不妥当の強制、事情の変更による裁判の事後変更、他の方法を以てしては救い得ない誤判の救済、有罪の言渡を受けた者の事後の行状等に基くいわゆる刑事政策的な裁判の変更もしくは資格の回復などその合理的な面がむしろ重視されるべきであり、今後の恩赦は、その権限が内閣に属することになったのを機会に、これらの面を中心として刑事司法の機能を一層完全ならしめる方向に活発に運営せられなければならないと信ずる」とされている。

法 73 条 7 号)、内閣の付与決定にしたがって天皇が国事行為として認証する(憲法 7 条 6 号)という手続がとられる。

刑事免責法が内閣の持つ行政権を侵害するとの見解には、いくつかの点で反論が可能であるように思われる。

第 1 に、この見解が前提とする、免責法は実質的には恩赦と同じであるとする点に対する疑問である。

恩赦の具体的内容は恩赦法²⁶に定められており、その種類は、「大赦」「特赦」「減刑」「刑の執行免除」「復権」である(憲法 7 条 6 号、憲法 73 条 7 号、恩赦法 1 条)。刑事免責制度は、自己負罪拒否特権を有する証人に対して、免責を付与することでこれを消滅させて証言強制するというものであるから、すでに証言に関する犯罪で有罪判決を受けている者については、この特権が存在しないので免責を付与する必要はない。確かに「大赦」については、「有罪の言渡を受けた者については、その言渡は、効力を失う」(同法 3 条 1 号)という効力のみならず、「また有罪の言渡を受けない者については、公訴権は消滅する」(同法 3 条 2 号)という効力もあり、また「大赦は政令で罪の種類を定めてこれを行う」(同法 2 条)とされていることから、機能的には、行為免責形態の刑事免責と重なる部分があることは事実である。

しかし、刑事免責と恩赦が類似するのは、あくまで行為免責形態の免責制度をとった場合で、かつ恩赦の一類型である「大赦」のうちのなおかつまだ有罪の言渡を受けない者に関する場合のみであり、両者が重なる部分は比較的少ない。

また、そもそも刑事免責制度の趣旨と、恩赦の趣旨とは全く異なるものである点からも、免責法が恩赦と実質的に同じであるとすることは難しいと考えられる。

第 2 に、仮に免責法が実質上恩赦と同じであるということを前提として

26 昭和 22 年 3 月 28 日・法律第 20 号

も、恩赦によって行政権が侵害され、三権分立原則違反となるということはないように思われる。

恩赦を決定する権限は、憲法上内閣に属するとされているが、その付与は恩赦法という法律に基づき決定される。恩赦付与権限は、本来的には憲法規定から直接導かれるのであって、恩赦法は単に手続的な注意規定に過ぎない（言い換えると恩赦法がなくても内閣は恩赦を付与できる）と考えることができるのであれば、免責法によって実質恩赦を与えることは行政権の侵害であるといえるのかもしれないが、そのような理解は難しいように思われる。恩赦法の立法者も、そうは考えていなかったようである²⁷。やはり民主主義の原理から考えても、恩赦法という立法があって初めて、内閣はその法律の執行という形で恩赦を付与することができると解するべきであろう。

このような理解は、近時憲法學上提唱されている、行政権に関する新たな理解にも整合する。ここで行政権に関する新たな理解を詳細に紹介・検討することはできないが、その理論の出発点は、これまで行政権と一般的に呼ばれてきた権限には、法律を執行する作用と、政治・統治の作用（執政権）とがあり、後者こそが憲法 65 条のいう「行政権」の本体ではないのか、との見解である²⁸。この見解に立つなら、恩赦法に則って恩赦を付

27 法務庁検務局恩赦課「恩赦制度審議会における最終意見書及び勧告書」（1948年11月）（法務省保護局『恩赦制度に関する資料』（保護資料第12号）（1957年）25頁以下所収）の「最終意見書 第一 総括的意見」部分で、「…一般的恩赦個別的恩赦を通じて、それが従来のごとく政府部内の手のみによつて決定されるということも、事の重要性に鑑み、適当を欠くであろう。恩赦は憲法上内閣の責任において行われるべきものであるけれども、それは民意を反映せしめることは、民主主義の原理からいつて正当であり、且つ、必要であると考えます。また、それによつて他面恩赦権濫用の弊を防止されると信ずるのである」と述べられている。

28 詳細については、たとえば、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ 法律の留保論の多義性、およびアメリカ行政法における法律の留保について」神戸法学年報14号（1998年）125頁、154頁以下、高橋和之「統治機構論の視座転換」ジュリスト1222号（2002年）108頁以下、毛利透「行政概念についての若干の考察」ジュリスト1222号（2002年）132頁以下参照。

与する内閣の権限は、執政権には含まれず、これを法律で規律することは当然のことであり、ましてや行政権を侵害するものではない、ということになる。

第3に、アメリカ合衆国における議論においても、免責法が実質恩赦であって三権分立に反するとする見解は有力なものとはいえない。三権分立原則については、連邦最高裁も柔軟な態度をとるようになってきており²⁹、判例も三権分立違反とはいわない。

さらに、周知のようにアメリカ合衆国では大統領制をとっており、それに対してわが国は議院内閣制を敷いている。権力分立の観点から考えると、大統領制は、立法権と行政権とを、両権限の相互の抑制均衡を重視して厳格に分離しているのに対して、議院内閣制では両者の協力関係を重視し、緩やかな分離を図っているとされる。その厳格な分離をする合衆国において、通常免責法について権力分立違反が問題とされないのであるから、わが国においてはなおさらである、ということもできよう。

以上のような理由で、上記の批判はあてはまらないと考える。まず、刑事免責は実質恩赦と同様であるとの前提には疑問が残るし、仮にその前提が正しいとしても行政権を侵害するとはいえないと思われるからである。

二．裁判所による権限外の行為であるとの見解

この見解は、免責付与に関する実質的決定権を裁判所がもっているとするなら、それは裁判所が持つ司法権の範囲外の権限を持っていることになり、行政府の持つ訴追に関する権限を侵害することになるのではないかと、いうものである。

合衆国の議論では、確かに最終的に免責付与命令を出すのは裁判所であるが、実質的に免責付与の可否を判断するのは検察官であって、裁判所は

29 本稿第3章第2節第1項(名城法学56巻2号80頁以下)参照。権力分立原則について、判例理論の変遷、現在の理解が簡潔にまとめられたものとして、たとえば、松井茂記『アメリカ憲法入門[第6版]』(有斐閣、2008年)68頁以下。

単に法定されている免責請求手続が適式に行われているかどうかを確認するという事務的な判断をするだけであるから、これをもって裁判所が司法権以外の権限を行使しているとはいえず、権力分立の観点から問題とはならない、とされていた³⁰。

この見解は、検察側証人免責についてはその通りであろう。しかし、弁護側証人免責については、そのままの形ではあてはまらない。なぜなら、弁護側証人免責の場合には、検察官が自発的に免責を付与する場合を除いて、検察官が免責付与を否とした場合でも、裁判所が検察官に免責付与を命じるか、もしくは裁判所が実質的にも自らの判断で免責を付与することにならざるを得ないからである。さらに、わが国に免責法を導入する際に、検察側証人免責についても、合衆国の制度とは異なり、実質的な免責付与に関する判断権を裁判所に与えるという法制も十分に考えられ、その場合には裁判所がその権限を逸脱しているのではないか、との疑義が生じうるのである。

しかし、結論から言えば、裁判所に判断権を与えるという法制度をとった場合でも、なお三権分立原則に抵触することはないと思われる。その論拠は次のようなものである。

第1に、前述一の第3で述べたこと、すなわち合衆国において連邦最高裁は三権分立原則について柔軟な態度をとるようになってきており、大統領制をとらないわが国においてはなおさらであるという論拠である。

第2に、前述一の第2で述べたことも部分的にあてはまる。すなわち、免責法によって裁判所に実質的付与権限を与えることになったとすると、その法律を執行するのが行政の役割であって、執政権という意味での行政権を侵害することにはならない、ということになる。

第3に、免責法として使用・派生使用免責形態をとるなら、裁判所が免責付与権限を持ったとしても、検察官の持つ訴追権を制限することにはな

30 Ullmann v. United States, 350 U. S. 422 (1956). 本稿第2章第1節第5項一(名城法学55巻2号61頁以下)参照。

るが、完全に否定することにはならない。

三．裁判所への免責権限の付与が立法権を侵害するという見解

この見解も合衆国で述べられることがあるものであるが、要するに裁判所に免責付与権限を与えるとすれば、制定法によって免責付与権限を検察官にのみ付与した立法府の意思にも反することになるのではないかと、いうのである。

しかし、まずこの見解はそもそもわが国にはあてはまらない場合がある。というのは、この見解はすでに検察官へ免責付与の実質的権限を与えている制定免責法が存在することを前提とした議論だからである。つまり、すでに合衆国には検察官に免責付与権限を与えている連邦制定法が存在するという状態の下、弁護側証人免責の妥当性に関する議論の中で、裁判所に免責付与の実質的な権限をあたえてよいかどうかという論点が出てきたのであった。そのために、もし裁判所に免責付与権限を与えるとすれば、制定法という形でも示されている立法府の意思に反することになるのではないかと、という問題が持ち上がるのである。したがって、わが国が免責付与の実質的権限を裁判所に与えるという法制度をとるのであれば、前述二の点が問題となるだけで、このような問題は出てこない。

もっとも、わが国が免責立法によって、免責付与の実質的権限を検察官に与えるという法制をとった場合には、合衆国同様、この問題が生じる可能性はあるが、その場合であっても、前述一の第3の見解から、やはり権力分立原則上、問題は生じないと考えることができよう。

第4項 弁護側証人免責特有の問題

以上検討してきた点は、検察側、弁護側問わず、仮に免責法を導入するとした場合にでてくる可能性のある憲法上の問題についての検討であり、多くは証人の権利侵害に問題についての検討であった。しかし、弁護側証人免責については、これとはやや次元を異にする憲法上の問題があるように思われる。

それは、たとえば被告人に有利な情報を持つ証人が、自己負罪拒否特権を行使して証言を拒否した場合で、当該証人に免責が付与されなかった場合、被告人の憲法上の権利が侵害される場合があるのではないかと、という問題点である。

この点、合衆国における議論では、一定の例外的な場合には、自己に有利な証人を得るために強制手続をとる権利との関係、公正なトライアルを受ける権利との関係、が問題になる余地があるとされていた³¹。

一．強制手続をとる権利との関係

わが国の憲法でも、刑事被告人の権利の一つとして、「刑事被告人は…公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利を有する」（憲法 37 条 2 項後段）として、強制手続をとる権利が定められている。文字通り解釈すれば、被告人に権利として与えられているのは、自己に有利な証人を強制手続によって「喚問できる」という権利であって、「喚問」以上に証言を「提示」する権利までは与えられていないということになる。したがって、仮にこのような解釈をとるなら、たとえ自己に有利な証人が証言を拒絶したために、証言を提示することができなかったとしても、本条項に違反することはないということになる。

しかし、憲法 37 条 2 項後段を、このように形式的に「喚問できる」だけの権利にとらえるのではなく、それ以上に被告人に「証拠提出権」までも保障する規定であると解釈する³²か、あるいは、37 条 2 項前段の証人審問権を通説の理解のように被告人に不利な証人に対する反対尋問権のみに限定するのではなく、「証人に直に発問し、証人自身の口から一定の供述

31 特に、本稿第 3 章第 1 節第 4 項（名城法学 56 巻 2 号 62 頁以下）、同第 3 章第 2 節（名城法学 56 巻 2 号 79 頁以下）参照。

32 光藤景皎「被告人の証拠提出権」試論 澤登俊雄=光藤景皎編『刑事法学の歴史と課題』吉川経夫古稀祝賀（法律文化社、1994 年）435 頁以下、同「証人喚問請求権の蘇生」福田正章ほか編『刑事法学の総合的検討（下）』福田平=大塚仁古稀祝賀（有斐閣、1993 年）669 頁以下参照。もっとも、いずれも上記論文は、被告人側伝聞証拠の許容性の問題についてのものである。

を引き出し、また、その際の証人の態度を観察可能にすることによって、その証人並びに彼の供述を吟味にさらす」権利であると捉える³³なら、証人の特権主張により被告人が自己に有利な証言を提示できない場合に、憲法 37 条 2 項前段または後段に抵触するおそれが出てくる。

合衆国における議論でも、日本における通説と同様に、連邦憲法修正 6 条の強制手続をとる権利は、被告人が自己に有利な証人等を裁判所へ強制的に出頭させる手続をとることができる権利であって、証人を出頭させることまでは強制できても、そこで当該証人が自己負罪拒否特権を行使し、証言を拒絶すれば、それを覆してまで証言を強制することはできない、との見解があった³⁴。

確かに、強制手続権から証拠提出権を認めることにはやや飛躍があると思われる。しかし、合衆国では、証拠提出権までは認めないものの、弁護側証人の免責付与が問題となる事例は、連邦憲法修正 5 条の証人の持つ自己負罪拒否特権と連邦憲法修正 6 条の対面条項とが抵触する場面であって、その抵触を解消する手段は証人に免責を付与することであるところ、その負担は国家が負うべきである、とする見解もあった³⁵。

ここで、憲法 37 条 2 項の定める、証人審問権、証人喚問権について、これ以上議論を展開することはできないが、以上のような議論に鑑みると、少なくとも弁護側証人免責の導入論においては、検察側証人免責のように、免責規定を導入するかどうかは完全に立法政策上の問題であるとは言いえない場合もあるのではないだろうか。すなわち、検察側証人免責の場合には、導入しなくても被告人その他の利益を害することはないが、弁護側証人免責の場合、導入しないとき、場合によっては被告人の権利との関係が問題となることがあり得るのではないか、ということである。

33 堀江慎司「憲法 37 条 2 項と刑訴法 328 条」法律論叢 146 巻 2 号 (1999 年) 15 頁、同「証人を『審問』する手段 憲法 37 条 2 項と刑訴法 328 条」刑法雑誌 39 巻 3 号 (2000 年) 40 頁。

34 本稿第 3 章第 2 節第 2 項 (名城法学 56 巻 2 号 83 頁以下) 参照。

35 本稿第 3 章第 2 節第 2 項 (名城法学 56 巻 2 号 83 頁以下) 参照。

二．公正な裁判を受ける権利

合衆国の議論の中で、検察側証人への免責付与を認めておきながら、同一事案において弁護側証人への免責付与を認めないのは、公正なトライアルを受ける権利を侵害するのではないかとする見解があった³⁶。

これを日本の憲法上の議論におきかえるとすると、検察側証人に免責付与された場合には、弁護側証人にも免責付与が認められるべきであり、これが認められない場合は、公正・公平な裁判を保障した憲法 32 条、37 条 1 項に反するおそれがある、ということになろう。公正な裁判を受ける権利は、憲法 32 条の裁判を受ける権利によって保障されているとされており、憲法 37 条 1 項は、裁判が公正といえるための要件として、公平な裁判所による裁判を要求しているとされているからである³⁷。

しかし、この見解には疑問がある。

まず、抽象的な観点から免責制度一般について考えてみると、確かに免責付与に関して、検察側にだけ認め、弁護側に認めない制度というのは表面的には公正・公平の観点から問題があると見えるのかも知れないが、合衆国の議論でもあったように、公正・公平な裁判というのは、免責付与についてのみで決まるわけではなく、他の多くの制度を併せ、その公正性・公平性を考えるべきであって、一方のみに免責付与の制度が認められているからといって、それだけで一概に公正性・公平性に反するとは言えないと思われるからである。

次に、具体的なある事件において、検察側証人免責が認められた事案で、弁護側からの免責付与請求が認められないのは、公正・公平の観点から問題が残るという見解に対しては、弁護側からの請求が免責付与の要件をみたしていなければ、付与が認められないのは当然であって、もし弁護側免責付与の前提として検察側証人への免責付与を設定しているのであれば、検察側証人免責が請求されない場合には、弁護側証人免責が認められる余

36 本稿第 3 章第 2 節第 3 項 (名城法学 56 巻 2 号 84 頁以下) 参照。

37 野中ほか・前掲注 (20) 438 頁以下参照。

地はないということになってしまうが、これは不合理である、との反論が可能であろう。

以上の検討より、単に弁護側証人免責が認められないという理由で、公正・公平な裁判を受ける権利が侵害されるとの見解は、直ちには説得的とは言えないように思われる。

第2節 刑事免責制度の適法性

前節での検討から、行為免責形態の免責法、使用・派生使用免責形態の免責法であれば、憲法上全く許されないというわけではない、という結論となった。その意味で、最高裁がロッキード事件判決³⁸で、「我が国の憲法が、その刑事手続等に関する諸規定に照らし、このような制度の導入を否定しているものとまでは解されない」と判示した点は正当であったといえる。したがって、あとは立法論として具体的にどのような制度をとれば、憲法上問題を生じず、また法政策的にどのような制度をとるのが望ましいのか、という立法論上の問題に関する議論に歩を進めることになる。しかしその前に、本節では現行法の下で刑事免責の手続（と同効果を持つ手続）をとることが許されるかについて検討してみたい。

以下では、検察側証人免責と弁護側証人免責とに分けて順に検討する。

第1項 検察側証人免責の適法性

現行法下で、検察側証人が自己負罪拒否特権を行使し、証言を拒否した場合に、当該証人に免責を付与して証言を強制することが可能だろうか。この問題に関しては、すでに本稿で検討したロッキード事件に関する処理が参考となる³⁹。

ロッキード事件で検察官は、重要証人の自己負罪拒否特権を消滅させるために、刑訴法 248 条に基づき起訴猶予処分もしくは公訴権放棄をし、証

38 最大判平成 7 年 2 月 22 日刑集 49 卷 2 号 1 頁。

39 本稿第 1 章第 2 節（名城法学 54 卷 3 号 88 頁以下）参照。

人に証言を強制するという手続をとった。

検察官が公訴権を放棄したと考える見解については、公訴権放棄を認めるような条文上の根拠がないこと、刑訴法 248 条に基づき公訴権を放棄するという構成をとるとするなら、刑事政策的考慮に基づく本来の起訴猶予処分に加え、これと全く異質な態様を同条文中に包含するとの考えに立つことになるが、それはいかにも不自然な解釈といわざるを得ないこと、

公訴権を消滅させるという高度に政策的な決定が検察官限りの判断に委ねられることとなり、そうであるなら恣意的な運用のおそれもでてくる、といった反論が妥当し、解釈として無理があると考えるべきであろう⁴⁰。

検察官が刑訴法 248 条に基づき、起訴猶予処分をしたと考えるとどうであろうか。まず、証人に対して起訴猶予処分を出した時点で、証人自身の被疑事実について起訴・不起訴の判断をするための十分な検討材料がそろっていないければ、起訴猶予処分の本来の趣旨から考えて、当該起訴猶予処分は許されないと考えるべきであろう。また仮に処分を判断する時点で、証人に対する捜査が終結しないまでも、起訴・不起訴の判断をするための十分な検討材料がそろっていた場合であっても、なおこのような状況での起訴猶予処分は許されないとすべきである。というのは、起訴猶予処分の本来的な趣旨は、刑事政策的見地にあるが、本件のように、証人に対する猶予処분을、証人自身の処遇とは関係のない、他の被疑事実に関する証拠収集という目的で行うことは許容できないと考えるべきだからである⁴¹。

さらに、仮にこのような起訴猶予が許されると解したとしても、起訴猶予処分には、後訴を不適法とする法的拘束力はないから、なお証人については、のちに訴追されるおそれが残ることになり、このような不十分な免責では、証人の自己負罪拒否特権を消滅させることはできない。ロッキード事件では、具体的な諸事情があいまって、事実上、のちに証人が訴追される可能性がきわめて低いと考えられたため、各ルートの 1 審、2 審のい

40 本稿第 1 章第 2 節第 7 項二 (名城法学 54 巻 3 号 112 頁以下) 参照。

41 本稿第 1 章第 2 節第 7 項二 (名城法学 54 巻 3 号 112 頁以下) 参照。

くつかの判決・決定では、自己負罪拒否特権が消滅（もしくはそれに近いほどに縮小）したとの判示がなされたが、被告人、証人ともに国内にいることを想定すると、後に証人が訴追される可能性がロッキード事件ほど低くなる場合は考えにくいように思われる。

このように考えると、現行法下でロッキード事件の検察官がとったような手続をとることは、通常の場合、適法性の面から問題が残るといわざるを得ない。唯一、具体的状況下で、検察官がのちに当該証人を訴追できる可能性が事実上きわめて低下したと評価できる場合には、自己負罪拒否特権は消滅し、証言強制できる余地があるかもしれない。しかし、この場合でも、後述するようなロッキード事件最高裁判決の理解を前提とするならば、やはり無理ということになる。

では、ロッキード事件において検察側がとった措置以外に現行法上許される手続は考えられるだろうか。自己負罪拒否特権は、証人が刑事訴追され有罪判決をうけるおそれのあることが行使の要件であるから、訴追され有罪判決をうけるおそれがなくなった場合には、特権は消滅する。したがって、訴追され有罪判決をうけるおそれをなくさせるような措置をとることができるなら、自己負罪拒否特権は消滅し証言を強制できることとなる。そこで、訴追され有罪判決をうけるおそれがなくなる場合を考えてみると、有罪・無罪・免訴の確定判決があった場合、その他の免訴事由のある場合がそれにあたとされている。とすれば、これらのうちいずれかをあらかじめ証人に当てはめるようにするような措置をとることができるなら、証言強制することは現行法上許されることとなる。しかし、有罪・無罪・免訴の確定判決を証人に与えることはもちろんのこと、その他の免訴事由、すなわち「確定判決を経たとき」（刑訴法 337 条 1 号）、「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」（同条 2 号）、「大赦があつたとき」（同条 3 号）、「時効が完成したとき」（同条 4 号）という状態を人工的に作出することは不可能である。

もっとも、行為免責のみならず、使用・派生使用免責でも憲法上許されるとの結論からは、あらかじめ証人に対して、強制される証言とそこから

直接・間接に導かれる情報を、のちに使用しないことを確定するような措置をとることができるのであれば、証言を強制することが許されることとなる。しかし、現行法下で、のちの訴追にかかる証拠の使用を一定の範囲内に制限することが定められた規定は当然のことながら存在しない。事実上、検察官がそういった証拠・情報をのちの訴追で使用しないことを宣言したとしても、その法的根拠はないし、法的にその宣言に拘束されることもないのであるから、やはりそういった措置をとることは不可能である。

最後に、ロッキード事件最高裁事件に対する筆者の理解⁴²を前提とするならどうだろうか。この理解とは、重大な意味を持つ証拠収集手段を法律が定めていないことが、事実上そのような手段を通じて得られた証拠を利用することを禁じる規範を含意する場合があります、「刑事免責 証言強制」手続による証拠の収集は、まさにこの場合に当たる、とする理解である。この理解を前提とするなら、刑事免責手続と同一の効果を持つ一連の手続をとったなら、それによって得られた証拠は使用できないことになるのであるから、検察官等がいかなる手続をとろうと、それにより得られた証拠は利用できないことになる。検察官のとり手続一つひとつは確かに違法とは言えない場合もあるかも知れないが、結局証拠として使用できないのであるから、そのような措置をとることは無意味である。

以上の検討から、結局のところ、検察側証人免責（もしくは実質上同効果を有する措置）を現行法下の許す範囲でとる余地はないように思われる。

第2項 弁護側証人免責の適法性

それでは、弁護側証人免責についてはどうであろうか。すなわち、現行法の下で、被告人の有利な情報を持つ証人に刑事免責を付与して証言を強制するという手続が許される余地はあるのだろうか。

まず、弁護側証人が自己負罪拒否特権を主張して証言を拒絶したときに、

42 本稿第1章第2節第7項四（名城法学 54 巻 3 号 117 頁以下）参照。

論 説

(実際上は考えにくい) 検察官が自発的に免責と同様の効果を持つ手続により証言を強制しようとする場合には、前項と同様の問題となる。

次に、検察官が自発的にそのような手続をとろうとしない場合に、証人に証言を強制させるためには、被告人・弁護人、または裁判所が証人に対して、免責と同様の効果を持つ手続をとることが可能でなければならないが、そのような手続は現行法上想定できないように思われる。

以上のように考えると、結局弁護側証人免責についても、検察側証人免責同様に、現行法の範囲内で特権を主張し、認められた証人に証言を強制する手続は採り得ないということになる。