

刑事免責に基づく証言強制制度（一）

榎 本 雅 記

目 次

はじめに

- 一、 ロッキード事件最高裁大法廷判決と司法制度改革審議会意見書
- 二、 弁護側証人に対する刑事免責
- 三、 本稿の目的

第一章 わが国の問題状況

第一節 ロッキード事件以前の議論状況

第一項 商品取引所法上の規定

第二項 ロッキード事件以前の議論状況

第二節 ロッキード事件をめぐる議論状況

- 第一項 事件の概要
- 第二項 事件関連判決・決定の整理
- 第三項 下級審の判断
- 第四項 下級審の判断に対する評価
- 第五項 丸紅ルート最高裁判決
- 第六項 丸紅ルート最高裁判決に対する評価
- 第七項 若干の検討
- 第三節 近時の議論状況
- 第一項 採否決定のための基本的視点についての議論
- 第二項 立法技術的内容についての議論
- 第四節 小括(以上、本号)
- 第二章 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
- 第三章 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
- 第四章 アメリカ合衆国諸法域における証人免責の現況
- 第五章 わが国への制度導入のための示唆

おわりに

はじめに

一、ロッキード事件最高裁判決と司法制度改革審議会意見書
 平成七年二月二日、最高裁判決において、一連のロッキード事件裁判の最後を告げる、いわゆる丸紅ルート

の上告審判決¹⁾がなされた。その中で最高裁は、傍論においてはではあるが、刑事免責制度について次のような見解を示した。

「刑事免責の制度は、自己負罪拒否特権に基づく証言拒否権の行使により犯罪事実の立証に必要な供述を獲得することができないという事態に対処するため、共犯等の関係にある者のうちの一部の者に対して刑事免責を付与することによって自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制し、その供述を他の者の有罪を立証する証拠としようとする制度である」²⁾。

「我が国の憲法が、その刑事手続等に関する諸規定に照らし、このような制度の導入を否定しているものとまでは解されないが、刑法は、この制度に関する規定を置いていない。この制度は、前記のような合目的な制度として機能する反面、犯罪に関係のある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響を及ぼす制度であるところからすれば、これを採用するかどうかは、これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきものであり、これを採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべきものと解される」³⁾。

一方、司法制度が将来進むべき方向性を示したものとして重要な意味をもつと考えられている「司法制度改革審議会意見書」(平成二三年六月二二日内閣に提出)では、刑事免責制度について、「新たな時代に対応しうる捜査・公判手続の在り方」の一つであるとして、次のように言及されている。

「刑事免責制度により供述を確保する捜査方法の導入は、組織的犯罪等への有効な対処方法であると認められる(組織の実態、資金源等)についての供述を得る有効な手段となりうる」⁴⁾。一方で、我が国の国民の法感情、公正感に合致するかなどの問題もあり、直ちに結論を導くことは困難であって、多角的な見地から検討すべき課題である」⁵⁾。

わが国には現在刑事免責手続を想定した法規定は存在しない。さらに、このような制度が切実に必要とされる状況・事案が生じなかったため、立法論としての議論も極めて低調であった。

そのような状況下で、いわゆるロッキード事件が発生し、囑託尋問調書の証拠能力をめぐつて、刑事免責制度に関する議論がにわかに盛り上がりを見せたのは、周知の通りである。

しかし、ロッキード事件を機に一気に議論が沸騰したがために、また本事件が刑事免責制度以外にも数多くの重要論点を含んでいたがために、本事件関連の判決・決定に対する評価という面で、議論の方はいわば手一杯の状態となっていた感がある。ロッキード事件から一步引いた形で、わが国への導入を視野に入れた刑事免責制度そのものに対する本格的な検討が始まったのは、比較的近時のことといってよい。

近時、この制度そのものに対する議論がなされるようになってきた理由として、特に重要な要因として次の二点をあげることができるように思われる。

第一に、上述の最高裁判決が、刑事免責制度が必ずしも憲法上疑義をもたらすものでないとしたため、制度導入はもっぱら立法政策上の問題であるとの理解が一般的になった⁽⁵⁾という点である。

第二に、組織犯罪・経済犯罪対策として、免責制度を利用した供述証拠確保の必要性が高まっているとの理解が広がっているという点である⁽⁶⁾。司法制度改革審議会意見書も、この文脈で当該制度を取り上げている。

このように、現実的課題として取り上げられるようになった本制度であるが、犯罪対策上必要であるからという理由だけではもちろん導入を正当化できるものではない。また憲法上必ずしも疑義を生じないとの見解も、必ずしもその根拠が自明のものとはいえず、議論をさらにつくす必要があるように思われる。

二 弁護側証人に対する刑事免責

通常刑事免責制度といえば、前記最高裁判決の定義からも分かるとおり、訴追側当事者に訴追上の便宜を与える制度としてのみ考えられてきたが、同様の手続を弁護側証人にも適用することは考えられないだろうか。すなわち被告人に有利な証人が、自己負罪拒否特権を理由として証言を拒絶した場合に、当該証人に免責を付与して証言を強制することはできないであろうか。

相当特殊な状況であることは確かであるが、免責付与によって自己負罪拒否特権を喪失させ証言を強制するというメカニズムは、理論的には検察側証人、弁護側証人を問わず想定可能であろう。また実際上も、アメリカ合衆国では弁護側証人が自己負罪拒否特権を理由として証言を拒否するという事態が生じている。

○年代から現在にいたるまで、検察側証人に対する刑事免責とならんで、その当否につき相当議論がなされているようである。

さらに、刑事手続がもっとも重視しなければならないであろう、被疑者・被告人の権利保障という面から考えると、弁護側証人免責の問題は、検察側証人免責の問題と並んで、あるいはそれ以上に問題とされてしかるべきものとも考えられる。

三 本稿の目的

以上のような問題意識に基づいて、刑事免責制度を古くから採用し運用実績のある、アメリカ合衆国を比較法研究の対象とし、その成果をふまえて本制度のわが国への導入の可能性と、導入する場合に生じるであろう問題点を検討し、一定の提言をしようというのが本稿の目的である。

一般的に法制度の導入を検討する際には、導入の可否と並んで、そもそも導入する必要があるのかという要否の検討が必要であることはいうまでもない。ただ要否の検討には、上述最高裁の言葉を借りるなら、「これを必要とする事情の有無」や「国民の法感情からみて公正感に合致するか」といった、法律理論を越えた検討も必要であり、そのためには、「刑事手続運用の法社会学的・実証的解明」等も必要とされるであろう。このような事情から、本制度導入の要否の問題は、原則として本稿の検討対象からはすすことにしたい。⁸⁾

- (1) 最大判平成七年二月二二日刑集四九卷二号一頁。
- (2) 刑集四九卷二号九頁。
- (3) 刑集四九卷二号九頁以下。
- (4) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——二二世紀の日本を支える司法制度——」(平成二三年六月二二日)四九頁。
- (5) たとえば、田宮裕「刑事免責へのアプローチ——アメリカと日本の距離」西原春男・松尾浩也・田宮裕編『アメリカ刑事法の諸相・鈴木義男先生古稀祝賀』(成文堂、一九九六年)四九九頁参照。もつとも、この判決によって最高裁が刑事免責制度の立法化について、むしろ消極的な立場をとったとする見解もある。高田昭正「刑事免責を付与して得られた囑託証人尋問調書」ジュリスト一〇九一号(平成七年度重要判例解説)一七〇頁参照。
- (6) たとえば、田口守一「立法のあり方と刑事免責・証人保護等」刑法雑誌三七卷二号(一九九八年)七一頁、川出敏裕「経済犯罪と取引的捜査手法」ジュリスト二二八号(二〇〇二年)一三三頁以下参照。
- (7) 三井誠「人身の自由と刑事手続」ジュリスト一九二二号(二〇〇一年)一三五頁および注11。
- (8) もつとも、必要に応じて、必要性に関する議論にも一部立ち入ることもある。

第一章 わが国の問題状況

第一節 ロッキード事件以前の議論状況

第一項 商品取引所法上の規定

わが国では、現在刑事免責制度は取り入れられておらず、またこれまでも取り入れられたことはない¹⁾とされる。ただ、刑事手続の場面ではなく、行政手続上の聴聞という場面ではあるものの、唯一の例外として商品取引所法¹⁾にかつて刑事免責規定と解される条文がおかれていたことがある。その規定とは次のようなものであった。

(聴聞における陳述等の義務)

第一百五一条第一項

何人も、自己が訴追又は処罰を受ける虞があることを理由として、第一五五条第二項(……)若しくは第三五三条第一項第三号の規定による聴聞又は第二二八条第一項の規定による仲介若しくは同条第三項の規定による処分において、陳述若しくは報告をし、第一一九条の規定による報告若しくは資料の提出をし、又は第二二〇条第一項若しくは第二二項若しくは第二二八条第三項第三号、第四項若しくは第五項の規定による帳簿書類その他の物件の検査若しくは調査を受ける義務を免れることができない。但し、その義務を履行することによって自己が訴追又は処罰を受ける虞があることを主張したにもかかわらず、その陳述、報告、資料の提出又は帳簿書類その他の物件の検査若しくは調査を求められた者は、その陳述、報告、資料の提出又は帳簿書類その他の物件の作成、備付、公開若しくは保存の義務の具体的内容があらかじめ法令に規定されている場合を除く外、当該陳述、報告、資料又は帳簿書類その他の物件を証拠として訴追され、又は処罰されない。

同条第二項

前項但書の規定は、虚偽の陳述をし、虚偽の報告をし、又は虚偽の資料の提出をした者を訴追し、又は処罰することを妨げるものと解してはならない。

この規定は、要するに、陳述等を求められた者は、自己負罪を理由として拒否することはできないが、自己負罪のおそれを主張した後に、当該陳述等の求めに応じて陳述等した場合、その陳述等を証拠として訴追・処罰されない(第一項)、もっとも当該陳述等が虚偽である場合には訴追・処罰することを妨げられない(第二項)、とするものである。これは、陳述等そのものを使用しての、後の訴追・処罰を禁じた狭義の使用免責(単純使用免責³⁾)を定めた規定であると解される。

商品取引所法は、当初大蔵省理財局経済課の所管に属しており、昭和二五年に制定された同法法案も同課において立案された⁴⁾。同省の本法立案者による解説では、上記一五一条について、「本条は、憲法第三八条との関連においてきわめて重要な規定であり、従来の法制に新機軸を画したものである。この制度は、アメリカにおいて一五〇年の長い歴史を経て最近に至り確立されたものであつて、この規定を法制に取入れたのは、わが国において本法が最初である⁵⁾」とされ、当時相当な自負をもつて立法されたことがうかがわれる⁶⁾。

しかしこの規定に対しては、自己に不利益な陳述等そのものを証拠として処罰されないとしても、その陳述が捜査の端緒を与えたり、他の証拠を入手可能としたりすることもあり得る以上、違憲の疑いがないとはいえないとの指摘がなされた⁷⁾。

このような指摘を受け、本規定は公布・施行の四年後である昭和二九年には、早々と同法一部改正法⁸⁾によって削除されることとなった⁹⁾。

第二項 ロッキード事件以前の議論状況

ロッキード事件において囑託尋問調書の証拠能力をめぐる問題が持ち上がるまでの時期、すなわち一九七五年以前、刑事免責制度に関する議論はあまりなされていなかった。しかしまったく議論がなかったわけではない。

一九五三年刊行の現行憲法に関する最初の注釈書では、第三八条について次のような解説がなされている。上述した商品取引所法の規定に対する疑義もここで示されている。

「……」供述者に不利益な「供述を刑事裁判の証拠としないことを定めるときは、供述の間接強制は許されると解する余地がないことはな¹⁰⁾い。」

「もっとも、これによつて捜査の端緒を与えることになるから、その供述を証拠とすることができないというだけでは、保護として不十分である。そこに、かように解することの疑問が残される。犯罪事実の認定に役立つ証拠を発見する端緒となるべき事実の供述が「不利益な供述」に含まれるかどうかについて、アメリカでは多少の議論があるが、少くともわが憲法の解釈としてはこれを肯定的に解するのが妥当である。これとの権衡からいつても、右の疑問はいつそう強まるであらう¹¹⁾。」

これは、使用免責の合憲性を一概に排斥するわけではないが、単純使用免責では供述者の保護として十分ではなく、そのような形態の免責であれば、憲法上疑義が生じることを指摘したものである。

非常人的確な指摘であるが、行為免責や、使用・派生使用免責であれば、どのような結論にいたるかについては言及されていない。とはいえ、この時期すでに供述の派生使用にまで踏み込んだ検討がなされていたことは注目すべきことである。

いずれにせよ、この時期少なくとも刑事免責付与による証言強制が憲法上必ずしも不可能とはいえないと理解さ

れていたことは確かであろう。

その後、刑事免責に関する議論は、主に檢察実務家による導入提言を中心に展開されることになる。

たとえば、安倍治夫検事は、わが国の刑事手続が大陸法と英米法とを混和させたことに伴って生じたとされる不調和点を指摘する論稿で、不調和点の一つとして、「黙秘権を認めながらそれを抑制する制度を取り入れなかったことによる不調和」があると指摘される。そして、黙秘権を抑制する制度の一つとして免責制度を挙げられ、黙秘権を取り入れるのであれば、同時にそれを抑制する当該制度も取り入れるのが筋である、とされる¹⁵⁾。

また、本田正義検事は、弾劾的捜査観を前提とした場合には、被疑者の供述がなければ証拠を収集しにくい犯罪群、たとえば贈収賄事犯や選挙における買収事犯、共謀共同正犯における共謀等について、刑事免責制度を取り入れなければ著しく捜査が困難となる、と指摘され、弾劾的捜査構造をとる以上、それに対する手当てとして免責制度の導入が必要であるとされる¹⁶⁾。

これら検察官による制度導入の提言は、一言で言うなら、被疑者の権利保障と捜査の便宜とのバランス論に基づくものといえることができる。

確かに、捜査実務にあたっては検察官からすれば、被疑者が黙秘権を縦横に行使しそれによって真実発見が阻害されているにもかかわらず、それに対する抑制方法がないとなれば、そのような法制度設計の現状は許容しがたし不正義とうつるのかもしれない。

しかし、いずれの見解もバランス論に依拠していることから分かるように、理論付けは抽象的な域にとどまっているといわざるを得ず、必ずしも説得力の高いものとは言えないように思われる。そして、その後もこれ以上に議論は発展することはなかった¹⁷⁾。

が、ロッキード事件の発覚により状況は一変することになる。

(1) 昭和二五年八月五日公布・法律第三三九号。

(2) この規定の存在については、すでに、法学協会編『註解日本国憲法上巻』(有斐閣、一九五三年)六六三頁、佐伯千陽『刑事裁判と人権』(法律文化社、一九五七年)一七四頁以下、青柳文雄『刑事免責の研究』警察学論集三〇巻一〇号(一九七七年)一頁以下、米田泰邦『国際嘱託尋問とイミューニティ』別冊判例タイムズ七号(一九八〇年)三三三頁、井上正仁『刑事免責と嘱託証人尋問調書の証拠能力(一)』ジュリスト一〇六九号(一九九五年)二〇頁注14、田宮裕『刑事免責へのアプローチ——アメリカと日本の距離』西原春男・松尾浩也・田宮裕編『アメリカ刑事法の諸相』鈴木義男先生古稀祝賀(成文堂、一九九六年)五〇三頁、三井誠『刑事免責(二)』法学教室二二六号(一九九九年)一一五頁以下、で指摘されている。

(3) 刑事免責の形態は、一般に行為免責と使用免責とに大別される。行為免責とは、免責付与により証言等を強制した場合、その証言等に関わる犯罪につき、以降訴追・処罰が一切禁じられる形態のものを指す。使用免責とは、強制された証言等を使用するの以降の訴追・処罰に限り禁じられる形態のものを指す。さらに、使用免責は、使用が禁止される証拠の範囲を、当該免責証言等のみに限る単純使用免責と、当該証言等のみならずその証言から派生する証拠までをも含める使用・派生使用免責とに分類される。

(4) もっとも、法案提出時には、立案事務は通商産業省通商企業局に移されていた。吉田信邦『逐条詳解 新商品取引所法』(日本経済新聞社、一九五〇年)一頁以下の「序」および「はしがき」参照。

(5) 吉田・前掲注(4)二四九頁。

(6) 三井・前掲注(2)一一六頁参照。

(7) 法学協会・前掲注(2)六六三頁および六七二頁注4、佐伯・前掲注(2)一七五頁参照。

(8) 昭和二九年法律第九一号。

(9) 国会議事録を見るかぎり、同規定の削除については、実質的な審議はなされなかったようである。法案提出趣旨にも、「この点は単に」その他所要の条文整備を行うことにいたした」とされているだけのようである。第一九回国会衆議院通商産業委員会第二〇号、同本会議第四三三号、第一九回国会参議院通商産業委員会第一八号参照。

- (10) 法学協会・前掲注(2) 六六二頁以下。
- (11) 法学協会・前掲注(2) 六七二頁注4。
- (12) 安倍治夫「新刑事訴訟法の七つのアンバランス——比較法的に見た新刑訴の実践的不調和」法律のひろば九巻六号(一九五六年)二〇頁以下「同」刑事訴訟法における均衡と調和(一粒社、一九六三年)一頁以下所収」参照。
- (13) 本田正義「捜査の構造について」刑法雑誌一五巻三〇四号(一九六八年)一三八頁以下および一四三頁以下参照。
- (14) その他、アメリカ合衆国の免責制度やその運用について解説されているものとして、堀田力「ニューヨーク地検における汚職捜査とその法的武器」ジュリスト三八三三号(一九六七年)八四頁以下、藤永幸治「イミュニティに関する米連邦邦高裁判例の推移」警察研究四三巻一〇号(一九七二年)三頁以下。

第二節 ロッキード事件をめぐる議論状況

ロッキード事件の詳細については、すでに様々な文献で紹介されており、あらためて詳述しないが、議論状況の整理のため必要な範囲内でその概略を述べた上で、本事件における嘱託尋問調書の証拠能力に関する議論を、本稿の関心対象である刑事免責に関わる部分に限定して整理することにした。

第一項 事件の概要

一九七六年二月四日、米国上院外交委員会多国籍企業小委員会(チャーチ委員会)で、航空機メーカーであるロッキード社による日本政府高官への賄賂供与を伴う対日売り込み工作が発覚し、ロッキード事件が表面化する。

その後、日本国法務省と米国司法省との間で、「ロッキード・エアクラフト社問題に関する法執行についての相互援助のための手続き」(いわゆる「日米司法取り決め」)が結ばれ、両省間で嘱託事項の迅速な処理に最善を尽くすことが取り決められた。

五月二〇日には米国在住のコーチャン(ロッキード社副社長)、クラッター(同社東京事務所代表)、エリオット(同社東京事務所支配人)の各氏に対して、検事総長の指示(「検事総長第一次宣明」)がなされた。それを受けて同二二日、東京地検検事正が、刑法二四八条に基づき起訴猶予するとの不起訴宣明(「検事正宣明」)をコーチャン、クラッター、エリオットの各氏に与えた上で、刑法二二六条に基づく証人尋問の申請を東京地裁裁判官に対して行った。

東京地裁裁判官は、関係各機関を通じて、カリフォルニア州中央地区連邦地裁に対して、上記証人らに対する国際司法共助としての嘱託尋問を申し立てた。

五月二八日、同連邦地裁は申立を受理し、ステイブンス連邦地裁判事は、カリフォルニア州のチャントリー退任判事を執行官に、また司法省のクラーク特別検事とレイノルズ連邦検事を副執行官に指名して、六月二五日にはコーチャン証人に対する尋問を(のちに他の証人に対しても)実施した。

しかしコーチャン証人は、日本国において刑事訴追を受けるおそれがあることを理由として、自己負罪拒否特権を主張した。

それに対して、同連邦地裁所長代行であったファーガソン判事は、七月六日、証人に対する尋問を実施するとともに、証人が本件嘱託書に基づき証言したことの結果として入手されるあらゆる情報を理由として、日本国領土内で起訴されない旨を明確にした。日本国最高裁判所の「オーダーまたはルール」を日本国政府が提出するまで、本件嘱託書に基づく証言を伝えてはいけない、との命令を出した(いわゆる「ファーガソン決定」)。

これをうけ、七月二二日日本国検事総長は、再度の不起訴宣明を最高裁判所宛に提出し(「検事総長第一次宣明」)、同月二四日最高裁は、最高裁裁判官会議を全会一致で経た最高裁判所所長官名義の宣明書(「最高裁宣明」)を発し、これによって、上記ファーガソン決定による嘱託証人尋問調書の伝達禁止が解除され、八月八日日本に尋問調書が

到着した。

なおこの間、日本国内でも捜査が進み、大久保利春・丸紅元専務、伊藤宏・丸紅元専務、檜山廣・丸紅元社長、田中角栄・元内閣総理大臣、榎本敏夫・総理秘書官(以上「丸紅ルート」)、橋本登美三郎・元運輸大臣、佐藤孝行・元運輸政務次官、若狭得治・全日空社長、渡辺尚治・全日空副社長、澤雄次・全日空専務ほか三名(以上「全日空ルート」)、児玉誉士夫・会社役員、小佐野賢治・国際興業社主ほか一名(以上「児玉・小佐野ルート」)が、議院証言法違反(偽証)、外為法違反、贈賄罪、受託収賄罪等でそれぞれ逮捕・起訴された。

第二項 事件関連判決・決定の整理

ロッキード事件に関連する判決・決定は数多く出されているので、それぞれの内容を検討する前に、のちの記述の便宜上、各ルートごとに判決・決定日時や登載判例集等をまず整理しておきたい。

【丸紅ルート第一審】

東京地決昭和五三年二月二〇日・刑月一〇卷一〇一五号一五一四頁

田中角栄、榎本敏夫、檜山廣、大久保利春、伊藤宏に対する受託収賄、外為法違反、贈賄、議院証言法違反被告事件における、コーチャン、クラッターの囑託尋問調書の採用に関する決定

東京地判昭和五八年一〇月二二日・刑月一五卷一〇号五二一頁

田中角栄、榎本敏夫、檜山廣、大久保利春、伊藤宏に対する受託収賄、外為法違反、贈賄、議院証言法違反被告事件の第一審判決
五名全員控訴

【丸紅ルート第二審】

東京高判昭和六二年七月二九日・高刑集四〇卷二七号七七頁

田中角栄、榎本敏夫、檜山廣、大久保利春、伊藤宏に対する受託収賄、外為法違反、贈賄、議院証言法違反被告事件の第一審判決

伊藤宏以外の四名上告

田中角栄、大久保利春上告審審理中死亡により公訴棄却

【丸紅ルート第三審】

最大判平成七年二月二二日・刑集四九卷二二号一頁

榎本敏夫、檜山廣に対する外為法違反、贈賄、議院証言法違反被告事件の第三審判決

【全日空ルート第一審】

東京地決昭和五四年一〇月三〇日・刑月一一卷一〇号一二六九頁

橋本登美三郎、佐藤孝行、若狭得治、渡辺尚治、澤雄次、藤原享一、植木忠夫、青木久頼に対する受託収賄、外為法違反、議院証言法違反被告事件における、コーチャン、クラッターの囑託尋問調書の採用に関する決定

東京地判昭和五七年一月二六日・判時一〇四五号二四頁

若狭得治、渡辺尚治、澤雄次、藤原享一、植木忠夫、青木久頼に対する外為法違反、議院証言法違反被告事件の第一審判決

若狭得治のみ控訴

東京地判昭和五七年六月八日・刑月一四卷五二六号三八三頁

橋本登美三郎、佐藤孝行に対する受託収賄被告事件の第一審判決

両名控訴

【全日空ルート第二審】

東京高判昭和六一年五月二八日・刑月一八卷五二六号六二四頁

若狭得治に対する外為法違反、議院証言法違反被告事件の第二審判決

上告
 東京高判昭和六一年五月一六日・高刑集三九卷二号三七頁
 橋本登美三郎に対する受託収賄被告事件の第二審判決
 上告

上告審審理中死亡により公訴棄却
 東京高判昭和六一年五月一四日・刑月一八卷五〇六号四九〇頁
 佐藤孝行に対する受託収賄被告事件の第二審判決
 上告後取り下げ

【全日空ルート第三審】

最判平成四年九月一八日・刑集四六卷六号三五五頁
 若狭得治に対する外為法違反、議院証言法違反被告事件の第三審判決

【児玉・小佐野ルート第一審】

東京地決昭和五三年四月一三日・判時八九三三三頁

児玉・小佐野ルート公判における、伝聞証拠の採用に関する決定

東京地決昭和五三年六月二九日・判時八九三三三頁

児玉・小佐野ルート公判における、伝聞証拠の採用に関する決定

東京地決昭和五三年七月一三日・判時八九三三三頁

児玉・小佐野ルート公判における、伝聞証拠の採用に関する決定

東京地決昭和五三年九月二日・刑月一〇卷九一〇号二二五六頁

児玉譽士夫、大刀川恒夫、小佐野賢治に対する所得税法違反、議院証言法違反被告事件における、コーチャン、クラックターの囑託尋問調書の採用に関する決定

児玉譽士夫第一審審理中死亡により公訴棄却

東京地決昭和五六年一月二日・判時九九二二二号三頁

児玉譽士夫、大刀川恒夫、小佐野賢治に対する所得税法違反、外為法違反、強要、議院証言法違反被告事件における、「児玉領収書」その他の採用に関する決定

東京地判昭和五六年一月五日・判時一〇三三三九〇頁

大刀川恒夫に対する外為法違反、強要被告事件の第一審判決

東京地判昭和五六年一月五日・刑月二三卷一〇一一号五七七頁

小佐野賢治に対する議院証言法違反被告事件の第一審判決

【小佐野ルート第二審】

東京高決昭和五八年一〇月二八日・刑月一五卷一〇号五一五頁

小佐野賢治に対する議院証言法違反被告事件におけるシャッテンバーグの大陪審証言調書の採用に関する決定

東京高判昭和五九年四月二七日・高刑集三七卷二号一五三頁

小佐野賢治に対する議院証言法違反被告事件の第二審判決

上告審審理中死亡により公訴棄却

以上が、ロッキード事件各ルートで出された判決・決定であるが、このうち刑事免責に関わる判示がなされたのは、
 、
 、
 、
 の各判決・決定である。以降これら各判決・決定について便宜上それぞれ、【丸紅一審】(＝決定)、【丸紅二審】(＝判決)、【丸紅三審】(＝判決)、【全日空一審】(＝決定)、【全日空二審】(＝判決)、【小佐野一審】(＝決定)、【小佐野二審】(＝判決)と表記する。判決については、関連箇所がわずかであり、他の論点とやや視点が異なるので、別途取り扱うことにする。

第三項 下級審の判断

下級審による嘱託証人尋問調書の証拠能力に関する判断には多くの重要論点が含まれているが、本稿の検討対象である刑事免責に関わるものとしては、一、自己負罪拒否特権侵害の主張適格、二、一連の「宣明」の法的性格とその効果、三、免責付与による証言強制の適法性と証拠の採否、四、共犯者への刑事免責付与と公訴提起の効力の各論点を挙げる事ができる。²⁾

一、自己負罪拒否特権侵害の主張適格

各判決・決定において、被告人側は、証人の自己負罪拒否特権を消滅させ証言を強制させた手続を問題として、その供述調書の証拠能力を争っているが、そもそも証人のもつ自己負罪拒否特権に対する侵害について、被告人が主張することができるのかの問題となりうる。この論点について検討を加えているのは、【丸紅一審】【丸紅二審】

【小佐野一審】【小佐野二審】の各判決・決定である。

いずれの判決・決定でも、結論として原則的に被告人らには主張適格がないと判断している点で一致する。つまり、自己負罪拒否特権は、証人個人に付与されたものであって、第三者である被告人らがその侵害を主張することはできないというのである。³⁾

このように被告人の主張適格を否定するなら、理論的には【丸紅一審】が言うように、「本件不起訴宣明によりコーチャンらの自己負罪拒否特権を消滅せしめる効力が生じたか否かの問題に立入る必要はないことになる」と思われる。

しかし、上記いずれの判決・決定でも、原則主張適格がないとしつつも、自己負罪拒否特権消滅等に関する実質的な判示に入るのである。その理由付けは次のようなものである。

【丸紅一審】【小佐野二審】では、例外として、重大な人権侵害が伴う場合、虚偽供述を誘発する危険が高い場合等、著しく不公正な方法によって証人の特権が侵害された上で得られた供述については、違法捜査抑制の観点、虚偽の証拠により処罰されるおそれがあるとの観点から、その特権侵害によって得られた供述を使用される関係にある被告人は、当該証拠を許容すべきでないことを主張できると判示する。⁴⁾ 【小佐野一審】はこの点について必ずしも明確でないが、やはり同様の趣旨であるように思われる。⁵⁾

それに対して【丸紅二審】では、原審決定が、特権消滅の効果が生じ証言強制をした手続に憲法三八条一項違反はないと判断し、それに対して弁護士が主要な論点として反論しているという訴訟の経緯に鑑みて、自己負罪拒否特権消滅等に関する実質的な審理に入る、と判示する。⁷⁾

二、一連の「宣明」の法的性格とその効果

ロッキード事件では前述のとおり、四つの宣明（「検事総長第一次宣明」「検事正宣明」「検事総長第二次宣明」「最高裁宣明」）が出された。⁸⁾ 各判決・決定はこれらに対してどのような性格付けをし、またその効果をどのようにとらえているのであるうか。以下では、(1)各宣明の法的性質、(2)捜査未完了時における起訴猶予処分の可否、(3)各宣明の法的効果、に分けて整理してみたい。

(1) 各宣明の法的性質

【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空一審】は、いずれも要するに一連の宣明のうちで、直接法律上の根拠と効果を有するのは、「検事正宣明」であり、その法的性質は、刑法二四八条に基づく不起訴（起訴猶予）処分であって、その他の宣明はその趣旨を補強する性質をもつにとどまると理解する。⁹⁾

また【全日空二審】【小佐野二審】は、上記三判決・決定と比べて、「検事総長第一次宣明」ないし「検事総長第二次宣明」にもやや法的意味を読み込んでいると解されるものの、「検事正宣明」と「検事総長第一次宣明」ないし「検事総長第二次宣明」の法的性質は、やはり不起訴（起訴猶予）処分であると理解しているものと解される。¹⁰⁾ それに対して、【小佐野一審】は、「検事正宣明」のみが法律関係に変動を生じさせる処分的意義を有するとしている点では【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空一審】と軌を一にするものの、この検事正宣明の法的性質について、公訴権放棄の意思表示であると解している点が他の判決・決定と決定的に異なる。¹¹⁾

(2) 捜査未完了時における起訴猶予処分の可否

この論点について検討を加えているのは、【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空一審】【全日空二審】の各判決・決定である。

いずれの判決・決定も、ほぼ同様の見解にたつ。すなわち、確かに捜査完了前に起訴猶予の判断をした検察官の措置は異例ではあるが、(i) 当該処分を捜査終結まで持ち越したとしても証人らを起訴することは事実上不可能であったこと、(ii) 捜査中とはいえ、被疑事実の輪郭についてある程度想定できる段階にあったこと、(iii) 刑事免責を証人に与えることが、わが国の法秩序に照らして受け入れがたいほどの不正さを感じさせるものではなかったこと、の各点から考えれば、このような異例の措置も許容される、との見解である。¹²⁾

(3) 各宣明の法的効果

起訴猶予もしくは起訴放棄という法的性質をもつ各宣明がだされた結果、どのような法的効果が生じたかについて、【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空一審】【全日空二審】【小佐野一審】は、証人の自己負罪拒否特権は消滅した

とする。

また【小佐野二審】は、消滅したか消滅に近い状態にまで縮小した結果、証言手続の適法性や証言調書の証拠能力に影響するほどの供述拒否権に対する侵害はなかった、との結論をとる。

【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空二審】は、次のように述べる。すなわち、確かに検察官による起訴猶予処分は、法律上その後の起訴を不適法とするような羈束力を持つものではないが、(i) 証人の地位・状態等からみて、彼らの公訴権を行使しうる事実上の可能性は皆無に等しいこと、(ii) 検事正、検事総長がした一連の措置によって形成された事実状態に反するような処分が、のちになされることはあり得ないこと、等に鑑みると、これらの事情が事実上のものであるとはいいながら、法的評価においても法律上刑罰が科せられるおそれなくなった場合と同様に評価できる、という見解である。¹³⁾ さらに【丸紅二審】【全日空二審】では上記に加え、(iii) 国際慣習・国際信義上の理由と、(iv) これに反する公訴提起が刑法三三八条四号の棄却事由にあたることも併せて述べている。¹⁴⁾

【全日空一審】も、自己負罪拒否特権消滅の理由として、【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空二審】とはほぼ同様の点を挙げている。そして、事実上の状態が法的評価に転化する点については、事実上の拘束力しかないものをいくら累積させても法律上の拘束力に転化しうるものではないとの考えもあるが、一連の宣明が出された事態の進展も直視しなければならぬのであって、これを「累積した全体」として考察すれば、それはもはや個々の措置の効力を越え、法的保障に準ずる効果を有するにいたったものと解するのが相当である、と判示している。¹⁵⁾

【小佐野二審】は、供述拒否権が消滅ないし消滅に近い程度にまで縮小する理由として、【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空二審】とはほぼ同様のものを挙げる。さらに、のちに訴追されることが法的拘束力をもつかという点については、次のように述べる。すなわち、不起訴確約に反することがあれば、国家の国際的義務違反行為として

国内法上もその適法性は認めがたく、訴訟関係者も確約を遵守すべき法的拘束力を生じたものといふべきである。一步譲つて国内法上法的拘束力を生じる根拠として十分でないとしても、一連の経緯に鑑み、確約に反して証人の証言等を証人に不利益に使用することは事実上あり得ない。またこのような事実上の保障だけでは、なお証人の証言拒否権が侵害されたとみるべき余地は残るとしても、もはやそれは形骸的なものであり、その侵害の程度はきわめて軽微といふべきで、証人以外の者にその証言を使用する場合、証言の証拠能力に影響を及ぼすほどの違法にあたるとはいえない、と判示する。¹⁶⁾

これらの各判決・決定に対して、公訴権放棄という見解をとる【小佐野一審】は、公訴権の放棄により公訴権が消滅し、証人らの供述拒否権が消滅するとの明快な結論をとっている。¹⁷⁾

三 免責付与による証言強制の適法性と証拠の採否

わが国には刑事免責規定が存在しないため、一連の検察官等の措置により、証人の自己負罪拒否特権が消滅ないし消滅に近いほどに縮小したといえる場合であっても、なお証人に対して強制して証言を得ることが許されるか、またそのような手段で得られた証言を、わが国において証拠とすることが許されるかが問題となりうる。

この点に検討を加えているのは【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空一審】【全日空二審】【小佐野二審】の各判決・決定である。

いずれの判決・決定も、要するに、刑事免責制度はわが国で取り入れられておらず、一般的には違法の疑いがあるといえるが、具体的状況下で不公正感・虚偽誘発のおそれ等がない場合には違法ではなく、本件はまさにその場合にあたるといふ見解に立っているといえよう。¹⁸⁾

もっとも、【丸紅二審】【全日空一審】【全日空二審】は、本件における免責付与による証言強制の適法性を結論

づけるにあたって、国際司法共助という側面も強調している。¹⁹⁾

四 共犯者への刑事免責付与と公訴提起の効力

共犯者の一部に対して、その証言を獲得するために一連の不起訴宣明により不起訴の保障を与えながら、他方でその他の共犯者を起訴しており、この点が合理的な理由のない差別にあたるのではないか（憲法一四条違反）との主張も弁護側からなされている。

一連のロッキード裁判で弁護側からこのような主張がなされたのは、全日空ルート第一審にかかる、東京地判昭和五七年六月八日（前述 判決²⁰⁾）と、全日空ルート第二審にかかる、東京高判昭和六二年五月一四日（前述 判決²¹⁾）である。

いずれも、弁護側は憲法一四条違反を理由に刑訴法三三八条四号による公訴棄却を求めたものである。

それに対して第一審（判決）では、不起訴宣明を発するについて合理的な必要性があったと認められるとして弁護側の主張を退けた。²²⁾ また第二審（判決）では、弁護側の主張を公訴権濫用法理の主張ととらえた上で、この法理によって公訴棄却するのは公訴提起自体が職務犯罪を構成するような例外的・極限的な場合に限定されるとし、本件はそのような場合に当たらないとして、やはり弁護側の主張を退けている。²³⁾

第四項 下級審の判断に対する評価

前項でみた下級審の判断に対して、どのような議論が論者によって展開されたのであろうか。²⁵⁾

基本的な論点の多くは、これら下級審における検察側、弁護側の攻防とそれに対する裁判所の判断中で、検討されているといふべき。しかし、判決・決定内容をふまえた上で、論者によりさらに議論が深まった部分もあり、

また判決・決定とは異なる視点からの見解も提示されている。

このような点を中心に、本項では前項同様の項目(一) 自己負罪拒否特権侵害の主張適格、(二) 一連の「宣明」の法的性格とその効果、(三) 免責付与による証言強制の適法性と証拠の採否(と、四) 国際刑事司法共助における「特定主義」について、論者による議論の展開を概観したい。

一. 自己負罪拒否特権の主張適格

まず、憲法三十八条一項の定める自己負罪拒否特権について、その主張適格が問題とされることはこれまでほとんどなかったという点を指摘することができる。その理由については、次のような点が挙げられている。すなわち、憲法三十八条一項と同条二項とは歴史的な沿革等からみても本来別個のものと考えらるべきであるが、これまで実務上生じた事例が二項に規定される拷問・強制等によって自己負罪拒否特権が侵害されたか否かが問題となるものであったため、一項のみを取り出して議論する実益がなかった。しかし、ロッキード事件では法律上の手続によって自己負罪拒否特権を喪失させるという形式が問題となったため、基本的には二項は問題とならず、もっぱら一項の問題として検討すべきこととなり、そのため初めて主張適格の問題が浮上してきた、というのである。²⁶⁾

次に、自己負罪拒否特権侵害につき、侵害された者以外の者がその侵害を主張できるかという適格の問題については意見が分かれる。

否定説は、ロッキード事件下級審と基本的に同一の立場をとる。すなわち自己負罪拒否特権はあくまで証人との関係でその侵害が問題となるのであり、証人以外の者はその侵害を主張できない、とする。²⁷⁾

それに対して肯定説は、【小佐野二審】は、申立適格を原則的に本人に限定しながらも、その例外的場合を比較的広く認めようとする見解であるとの理解の下に、【小佐野二審】がいうように違法捜査抑制の観点を強調するの

であれば、一歩進めて、申立適格の概念を否定してもよかつたのではないかと主張する。²⁸⁾

二. 一連の「宣明」の法的性格とその効果

まず、【小佐野一審】がいう公訴権放棄の理論に対して学説は一体に批判的である。その批判内容は次のようにまとめることができる。

すなわち、起訴放棄を許容する明文規定が存在しない、²⁹⁾ 起訴放棄の根拠を刑訴法二四八条におくとした場合、そもそも同条はその本質を刑事政策的考慮に基づく起訴猶予処分と解するのが一般であるから、あまりに異質な態様を同条に包含させることになってしまふ、³⁰⁾ 刑訴法二四八条を根拠に刑事免責を適法とするなら、それは常に行為免責という形式に限定されることになるが、使用免責を刑事免責として許されないとする合理的根拠はないし、立法府が何の考慮もしない状況下で、二つの形式のうち行為免責を適法としていると解するのは疑問である、³¹⁾ 刑訴法二四八条に公訴権放棄の場合が含まれるとしても、その場合公訴権消滅の効果の発生時期がいつになるのか疑問であるし、かりにその時期を検察官による不起訴宣明時と考えたとすると、【小佐野一審】がその後に行っている公訴権放棄の合理性・必要性に関する検討はいかなる意味をもつのかにも疑問が残る、³²⁾ 明示の授權規定のない現行法の下で、公訴権ないし刑罰権を消滅させるという絶対的效果をもたらす高度な政策的決定を検察官限りの判断に委ねるとすると、公正な運用が十分担保されず、処分対象者の法的地位も不確実なものにしてしまふおそれがある、³³⁾ といった内容である。

次に、公訴権放棄の理論をとらない判決・決定に対してもその妥当性に疑問を寄せる見解が多い。【小佐野一審】以外の判決・決定では、検察官の不起訴処分そのものは後訴を不適法とする効力を持たないが、当該事案の諸事情に鑑みると、法的ないし準法的・事実上後訴はあり得なくなっており、自己負罪拒否特権は消滅ないしそれに

近いほどに縮小しているとす。しかしこれに対しては、起訴猶予の法的性質に関する原則的な立場から、起訴猶予処分には以降の不起訴を法律的に確定する効力はないので、証人の自己負罪拒否特権を消滅させることはできないし、事実上の訴追の可能性を少なくする行為をいくら重ねても、それが法的に後訴を不適法とするものでない以上、やはり特権の消滅はない、と批判されている³⁴⁾。

さらに、起訴猶予処分を、通常の場合とは異なり捜査最終前におこなった点についても、起訴猶予処分の性質を一般予防・特別予防を基軸とした刑事政策的見地からの処分と考える原則的な立場から、疑問が呈されている³⁵⁾。

三 免責付与による証言強制の適法性と証拠の採否

この点について、下級審判決・決定は、具体的状況下で不公正感・虚偽誘発のおそれがない場合には、わが国で採用していない手続であっても許される場合があるとしていた。

この見解に対しては、日本で認められていない手続によって得られた証拠について、証拠能力を認めることには疑問があるという多く批判がある。

他方、下級審の判断と同様に、他国に証拠収集を囑託し、受託国で適法に収集された証拠である以上、囑託国がその適法性の有無を判断することは許されず、原則証拠を受け入れなければならないとする見解も主張されている³⁶⁾。もっとも、拷問のような近代国家としての基準に反するような手段によって収集されたような証拠については、囑託国における裁判で当該証拠の証拠能力を否定することになるとされている³⁷⁾。

四 国際刑事司法共助における「特定主義」

他にあまり見られない視点からのアプローチとして、国際刑事司法共助の視点から解決を試みる森下教授の見解

がある³⁸⁾。

この見解は要するに、国際刑事司法共助において受託国が囑託された共助を実施するにあたって、囑託国が証人に使用・派生使用免責を付与することを共助実施の条件とすることがあり、囑託国としてはこの条件を受け容れて受託国に証人尋問等を実施してもらった以上、当然にその条件を遵守することが要求される、というものである。

国際司法共助は、受託国のためではなく、囑託国のために行われる手続であるため、受託国は自国の主権が軽視されることを防ぐため、このような条件を付与することができる、とされる。また、囑託国が受託国の付した条件を遵守しなければならないのは、このような条件を付与することを可能としている国際刑事司法共助における「特定主義」が、国際慣習法上（国際司法裁判所規程三八条一項b号）、または「文明国が認めた法の一般原則」（同規程三八条一項c号）とは言わないまでも、すでに単なる国際礼让以上のものとされているからである、というのである。そこで国際司法共助における「特定主義」とは何か、についての理解が必要となる。

国際司法協力³⁹⁾において、請求国は、被請求国が司法協力の請求を応諾した範囲およびそれに付した条件を尊重すべきであるという考え方があり、国際司法協力における特定主義も、その考え方を基礎におくものであるが、この特定主義とは、犯罪人引き渡しにおいて発達した原則であって、その内容は、引き渡しの応諾は、被請求国によって応諾された範囲内に限り請求国に犯人の訴追・処罰の権限を与えるというものである、とされる。

この「特定主義」を（狭義の）司法共助にあてはめると、「(1)請求国の司法当局に任意に出頭する証人の処罰の禁止、および、(2)囑託に係る目的以外の目的のために、実施された司法共助（の成果）を使用することの禁止」という内容をもつ⁴⁰⁾ことになる⁴¹⁾とされている。

以上のような内容をもつ国際司法共助における「特定主義」を本件にあてはめると、次のようになると思われる。すなわち、米国は日本からの囑託を受託するにあたり、証人尋問で得られた証拠およびそこから派生する証拠を、

請求にかかる被疑者・被告人または犯罪の訴追・処罰のためだけに使用することを、その受託の条件としたのであり、日本は（特に検事総長第二次宣明によって）検察官が使用・派生使用免責を証人に付与することによって、この条件に承諾する意思を示した。したがって、以降、証人を当該証拠・派生証拠を基にして訴追・処罰することは、国際慣習法や「文明国が認めた法の一般原則」に違反するか、そうはいえないまでも少なくとも単なる国際礼讓に反するだけにとどまらないものであって、いずれにせよ許されない。

しかし、このような森下教授の見解に対しては、以下のような批判ないし疑問が寄せられている。嘱託前になされた検事正宣明を離れ、ファーガソン決定に対してなされた事後の検事総長第二次宣明から証拠使用禁止とみるのは正しくなく、訴追免除とみるのが正しいのではないか¹⁴⁾、特定主義の内容はあまり明確でない¹⁵⁾、当時日米両国において十分に特定主義の考えが親しまれていなかったこともあって、両国間で進められた手続の進行内容を特定主義という概念で説明するのは妥当か、といった批判・疑問である。

第五項 丸紅ルート最高裁大法廷判決¹⁶⁾

前項では下級審の判断を概観したが、結果としていずれも嘱託尋問調書の証拠能力を認めるという点では一致していた。それに対して、【丸紅三審】では、これを否定するという結論をとった。

本判決は、嘱託証人尋問調書を除いても、原判決の是認する第一審判決の判示する犯罪事実を優に認定できるので、所論は原判決の結論に影響を及ぼさない、との理由で上告を棄却したが、所論の重要性に鑑みて、嘱託証人尋問調書の証拠能力の有無について判断を示すとして、以下のような内容を判示した。

第一に、判決は本件嘱託証人尋問調書の証拠能力を検討するにあたって必要な観点として次のような指摘をした。

「事実の認定は、証拠による」（刑訴法三一七条）とされているところ、その証拠は、刑訴法の証拠能力に関する諸規定のほか、「刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人權の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」（同法一条）刑訴法全体の精神に照らし、事実認定の証拠とすることが許されるものでなければならぬ¹⁷⁾。」

第二に、刑事免責の定義とアメリカ合衆国での当該制度の現状については、次のような認識を示した。

「刑事免責の制度は、自己負罪拒否特権に基づく証言拒否権の行使により犯罪事実の立証に必要な供述を獲得することができないという事態に対処するため、共犯等の関係にある者のうちの一部の者に対して刑事免責を付与することによって自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制し、その供述を他の者の有罪を立証する証拠としよつとする制度である¹⁸⁾」
「（アメリカ合衆国では）一定の許容範囲、手続要件の下に採用され、制定法上確立した制度として機能している¹⁹⁾。」

第三に、刑事免責規定を持たないわが国において、刑事免責を付与して得られた供述の証拠能力をどのように考えるかについては次のような判断を示した。

「我が国の憲法が、その刑事手続等に関する諸規定に照らし、このような制度の導入を否定しているものとまでは解されないが、刑訴法は、この制度に関する規定を置いていない。この制度は、前記のような合目的な制度として機能する反面、犯罪に関係のある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響を及ぼす制度であるところからすれば、これを採用するかどうかは、これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきものであり、これを採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべきものと解される。しかし、わが国の刑訴法は、この制度に関する規定を置いていないので

あるから、結局、この制度を採用していないものといふべきであり、刑事免責を付与して得られた供述を事実認定の証拠とすることは、許容されないといわざるを得ない。⁽⁴⁸⁾

第四に、本件調書が国際司法共助の過程で得られたものであるという特殊性が与える影響については、次のように述べ、証拠能力の判断においては原則影響しないと判示した。

「本件のように国際司法共助の過程で右制度を利用して獲得された証拠についても、全く同様であつて、これを別異に解すべき理由は無い。ただし、国際司法共助によって獲得された証拠であつても、それが我が国の刑事裁判上事実認定の証拠とすることができるかどうかは、我が国の刑法等の関係法令にのっとりて決せられるべきものであつて、我が国の刑法が刑事免責制度を採用していない前示のような趣旨にかんがみると、国際司法共助によって獲得された証拠であるからといって、これを事実認定の証拠とすることは許容されないものといわざるを得ないからである。」⁽⁴⁹⁾

第六項 丸紅ルート最高裁判決に対する評価

上記のように【丸紅三審】は、下級審とは異なる結論を極めて簡潔に導いている。その論旨の展開は、次のように要約することができる。

わが国では刑事免責制度を採用していないのであるから、

その制度によって得られた供述を事実認定のための証拠として許容しておらず当該供述の証拠能力は否定されるべきであり、

このことは本件証拠が国際司法共助によって得られたものであるからといって別異に解されることはない。本項では、この論旨の展開()、()にそつて、論者による議論の展開を整理する。⁽⁵⁰⁾

一. の展開について

の判決論旨の展開については、ここで問題となるべきは、そのような特別の制度によらなくても同様の法的効果を生じさせる場合があるかどうかであつて、下級審はまさにその点を検討した上で、本件事案の特殊事情に鑑みて供述調書の証拠能力を肯定していたのに対して、本判決ではその部分に対する直接の検討・言及はない、との指摘がある。⁽⁵¹⁾

このように、の展開については、必ずしも判決が言つように自明のものではないことを指摘するものが多く見られる。

たとえば、(i) わが国で当該制度は採用されていないが、刑事免責の付与という措置や、これによる供述獲得が違法かどうかははっきりせず、事実(この点について判決もはっきり判示していない)、(ii) 判決では、現行法上自己負罪拒否特権を消滅させる根拠規定がないので刑事免責が適法になされたといふのか、それとも刑事免責は適法になされたが、免責による供述を共犯者に対する不利益証拠とすることが現行法上制度化されていないので不適法というのかが明らかでない、(iii) 当該手続が違法であるなら、当該調書は違法収集証拠ということになるが、判例によれば違法収集証拠であつても排除されるかについては、さらに違法の重大性・排除の相当性について検討が必要であるはずなのに、その検討なしに排除している、等の指摘である。

二. について

については、第一に主張適格に関する疑問が提示されている。主張適格について判決が何ら論じていないことに対する疑問や、刑事免責制度によって得られた供述を事実認定の証拠として許容していないというのは、あくまで当該証人に関する訴追手続のみに関する理であり、被告人にはあてはまらないとすることも十分考えられるので

はないかとの指摘である。

第二に、当該調書が違法収集証拠の範疇に含められるかについての争いである。(i) 違法収集証拠に含められるとする見解、(ii) 違法収集証拠とは異なる新たな証拠排除であるとする見解、(iii) 中間的な見解として広い意味での違法収集証拠排除法則の一類型とみる見解、等がある。それぞれの理由付けはつぎのようなものである。

(i) アメリカの司法当局によって実施された証人尋問は過誤のないものであったが、「その証人尋問を要請したわが国の検察官が、証人等に本来許されないはずの刑事免責を付与することにより、その供述の獲得を可能にしたのであるから、そのようにして獲得された供述は、やはり、違法な行為の所産であった……。違法収集証拠の証拠能力の有無は、違法捜査の抑制という観点からのみ判断されるべきものでは必ずしもなく、適正手続の保障や『法の無瑕性』の保持といった他の観点からそれが否定されるということも十分考えられる……」。

「本件において問題とされたのは、刑事免責が付与されたことであり、そうすると、本件嘱託証人尋問調書の証拠能力を否定する論理として考えられるのは、それを獲得するにあたり現行法上採用されていない処分がなされたことを考慮するならば、証拠能力を肯定することそれ自体が一定の利益を害することになる、というものである。そして、そのような構成を採るならば、そこでは、やはり、収集手続の違法と無関係に証拠能力が決められているとはいえない。…本件証人尋問手続がそれ自体としては過誤のないものだとしても、その手続は、現行法上は認められていない刑事免責の付与が検察官によってなされたことを前提に行われたものであるから、やはり、本件嘱託尋問調書は検察官の違法行為によって得られた証拠だというべきであろう」。

(ii) 「本判決が、いわゆる違法収集証拠排除法則を適用したものでないことは、法廷意見が本件嘱託尋問手続が違法であるか、あるいは刑事免責を付与して供述を獲得することが違法であるかについて何ら言及していないところからうかがわれるところであらう……。証拠としての許容性の考え方の根底には、適正手続の観点がある」とみ

ることができ。この観点からは、本判決のいう証拠としての許容性も、広い意味での違法収集証拠排除法則の適用の一場面とみることもできないわけではないように思われる。「しかし」大野裁判官の補足意見は、「……アメリカ合衆国において合法として行われた強制捜査手続について、重大な違法があるものということはできない」としていることも参酌すると、これまで違法な捜査を抑制するという見地から問題とされてきた違法収集証拠とはやはり類型を「こととするもの」といふべきであらう」。

「立法的手当の欠缺が刑事手続の公正さに欠ける事態を生じさせたことを理由として、事実認定の証拠としての許容性を否定することにより、当該手続により得られた供述証拠を排除することを認めたものと考えられる」。

(iii) 本判決は証拠能力否定の理由について刑訴法一条に示された「刑訴法全体の精神に照らし」とのみいつているだけで、刑事免責が違法であったとさえ明言しておらず、違法収集証拠排除に関する先例に言及していない。また被告人の主張適格にも触れていない。以上のことから考えて、「この判決の論理が、誰かの権利を侵害する違法な処分によって得られた証拠だから使わせないという、典型的な排除法則と異なるのは明らかである。……判決が暗黙の前提とする論理は、…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も禁じる規範を含蓄する場合がある、という考え方である」。

三 について

については、判例のように解するならば、法制度の異なる外国で収集された証拠の大部分が排除されることとなり、現在のように犯罪の国際化が進展し、各国の捜査共助、司法共助が定着している現状を否定し、国際的に全く通用しないとの批判がある。

また、国際司法共助であるから特に異なる扱いをする理論として、(i) 嘱託証人尋問が受託国においてその主

権に基づき実施されたものであることを強調する考え方と、(ii) 犯罪人引き渡しについて発達してきた特定主義の考え方を狭義の国際司法共助に当てはめて説明する考え方がある。

しかし、(i) に対しては、囑託尋問調書の結果を証拠として用いるのはわが国裁判所であるから、その許容性を是認できるものかどうかは、請求国であるわが国の関連法令に従って審査すべきであるとの反論がある。また(ii) に対しては、本件事案で各宣明がだされた経緯から、ファーガソン裁定により付された条件が特定主義に由来するものといえるかは疑問があり、「特定主義からは、証拠は共助に係る犯罪以外には使用することができず、証拠としての許容性があるとしても、それは共助に係る犯罪に関してだけである旨の消極的な制約は出てくるが、共助に係る犯罪について許容性があることの積極的な根拠としては十分でない」との反論がなされている⁶⁴⁾。

第七項 若干の検討

本節では前項までにロッキード事件の事案経過の概要と、各判決・決定の内容、それをめぐる議論の展開をみてきたが、本項では、それらの内容をふまえて【丸紅三審】の理論展開を次に示す三つの段階に分解して、この論理展開の妥当性について順次検討を加えることにしたい。

わが国には刑事免責制度に関する規定が存在しない。

よって、わが国では刑事免責制度を採用していない。

したがって、刑事免責を付与して得られた供述を事実認定の証拠とすることは許されない。

一. の展開について

がその通りであるとしても、だからといって という結果が必然のものかについては疑問が残るように思われ

る。

刑事免責規定がないということは、これまで「刑事免責付与 証言強制」という手続による証拠収集手段をとることを想定していなかったことを意味する、というのであれば、それはその通りであろう。しかし、現行法の枠内で、事実上刑事免責と同様の効果を得ることができる別ルートの手続をとることができるのであれば、この手続は基本的に違法ということではない。

たとえば、強制採尿手続を正面から規定する法規定は存在しないが、判例は、現行法の枠内にある搜索・差押えという手続によって強制採尿することを認めているのである⁶⁵⁾。そして、この別ルートによる刑事免責同様の効果を持つ手続の妥当性を検討しなければ、本件手続の妥当性を検討したことはならないのである。事実、検察官は刑事免責規定がないことを承知の上で、別ルートの手続を利用しようとしたのであり、下級審の各判決・決定は、その手続の妥当性を検討したのであった。裁判所としてはあくまで現に検察官がとった手続を現行法にあてはめ、その妥当性を判断すべきであって、法規定がないことからア priori に当制度と同様の効果を持つ手続も許されない、ということには基本的にはならないように思われる。

つまり、最高裁のいうように刑事免責制度そのものを採用していないのは確かであろうが、刑事免責と同様の効果を持つ手続までも同様に否定しているとは必ずしもいえないのであり、問題はそのような手続が現行法で許容されているかどうかなのである⁶⁶⁾。

そうであるとするとき、やはり下級審の各判決・決定が検討した事項の検討が必要ということになる。具体的には、(i) 検察官による一連の言明の法的意味とそのような措置をとることの適法性、(ii) 検察官の措置の効果、等が検討事項となる⁶⁷⁾。

二 展開について

検察官の一連の措置について検討した結果、仮にその措置が違法であるとの結論ができたことを前提としても、判例の従来の立場に立つ限り、必ずしもそれだけではそのような結論に直結しないように思われる。

というのは、判例は、周知のように違法収集証拠排除法則によって一定の証拠を排除する場合、違法の重大性と排除の相当性を検討した上で、一定の基準を満たした場合のみ排除するという手法をとっているからである。⁶⁸⁾

それでは仮に本件事案を判例のいう違法収集証拠排除法則に当てはめてみると、証人尋問調書は排除されることになるであろうか。それを判断するためには、当然検察官の一連の措置等が違法であるか否か、違法であるとした場合その程度を検討することが必要となる。そこで、以下では(i) 検察官による一連の宣明の法的意味とそのような措置をとることの適法性、(ii) 検察官の措置の効果、について簡単に検討してみよう。

(1) (i) について

検察官の権限としてできないことをするという宣明は許されない。【小佐野一審】がいうように、公訴権を放棄する趣旨の宣明であるとする、検察官に公訴権を放棄する権限があることが前提となる。

しかし、その前提には、前項の議論でみたように、(ア) 起訴放棄を認める条文の欠如、(イ) 刑法二四八条に基づき公訴権を放棄するというのであれば、刑事政策的考慮に基づく起訴猶予処分に加え、それとは全く異なる態様を同条中に包含することになるという不自然さ、(ウ) 公訴権を消滅させるという高度に政策的な決定が、検察官限りに判断に委ねられてしまうこととなり、恣意的運用のおそれがある、との指摘が妥当しよう。

それでは、検察官の宣明は公訴権の放棄の意思表示ではなく、刑法二四八条による起訴猶予処分を意味すると考えるであろうか。

この場合問題となるのは、起訴猶予処分を捜査終結前に証拠収集目的で行った点の妥当性である。捜査終結前に起訴猶予処分を行った点は異例のこととはいえ、【丸紅一審】【丸紅二審】【全日空一審】【全日空二審】がいうように被疑事実の全体的規模や輪郭等についてある程度想定できる段階にいたっていたのであれば、許される余地はあのように思われる。というのは、検察官が起訴猶予の判断をするための検討材料が十分にそろっているなら、その段階で起訴猶予処分の決定を下すことは可能であり、必ずしも捜査の終結が起訴猶予決定を下すにあたっての前提条件とはいえないからである。

本件について宣明を出した時点で、起訴猶予の判断をするために十分な検討材料がすでにあつたかについては詳らかではないが、仮にそれがあつたとすれば、起訴猶予処分を捜査終結前に下した点については許されるであろう。

しかし、他の被疑事実に関する証拠収集のために起訴猶予処分を行った点については、捜査終結前に処分を行った点以上に問題が残るように思われる。起訴猶予処分を一般予防・特別予防を基軸とした刑事政策的見地からの処分であるとする原則的な立場からは、刑事政策的見地以外の目的での起訴猶予処分は許される場合があるにしても、それには自ずと限界があり、本件のように証人に対する猶予処分を、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し難いといわざるを得ないのではないだろうか。

(2) (ii) について

起訴猶予処分には、後訴を不合法とする法的拘束力はないから、このような不確実な免責では証人の特権を消滅させることはできないとの問題点が指摘される。そしてさらに、事実上ほとんどのちに訴追される可能性がない場合であっても、それは法的に後訴を不合法とするわけではないから、やはり特権消滅の効果は生じないとされるのである。

しかし、この指摘に対しては、必ずしも法律的に後訴が不適法とされることが特権消滅の必要条件ではない、との反論が可能である。特権消滅のために必要とされる免責の範囲が、特権の範囲と同値であるとするなら、特権の範囲をどのように考えるかによつては、この反論は一定の説得力をもつように思われる。

自己負罪拒否特権の範囲については、憲法三八条一項にいう「自己に不利益な証言」と刑訴法一四六条にいう「自己が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受ける虞のある証言」の解釈が問題となるが、一般的には、犯罪事実の全部・一部のみならず、犯罪事実の発見の手がかりを与えるような事実にまで及ぶとされるものの、その事実により刑事訴追や有罪判決を受けるおそれとは、客観性・合理性をもつた可能性のあるものでなければならぬと考えられており²⁶⁾、裁判例でも「刑事訴追を受ける虞ある証言とは、その証言の内容自体に自己の刑事責任に帰する犯罪の構成要件事実の全部又は一部を含む場合、及びその内容自体にはかかる犯罪の構成要件事実が含まなくても、通常犯罪事実を推測させる基礎となる密接な干連事実を包含する場合を指称するものと解するのが相当であり、単に犯罪発覚の端緒となるに過ぎないような事項、訴追される危険性が希薄な事項、証人個人の単なる危惧のような客観性と合理性を欠く事実等までも、この『刑事訴追を受ける虞ある証言』に含ませることは妥当でないといわなければならない」とされている²⁷⁾。

この点、アメリカ合衆国では、連邦憲法修正五条の解釈について、連邦憲法制定後初期の判例では、特権を有効に主張するためには、負罪の危険が「現実的で感知できるもの (real and appreciable)」でなければならず、「空想上のもの、実質的でないもの (imaginary and unsubstantial)」では足りないとの判示がなされ、その後この定式は繰り返されてきた²⁸⁾。

このような理解を前提とすれば、検察官の措置等事案の具体的状況に鑑み、事実上証人がちに訴追されるおそれ、客観的・合理的なもの「でないほどに、あるいは」現実的で感知できるもの」でないほどにまで希薄なものとされたと評価できるような場合は、当該証人の自己負罪拒否特権も消滅したといえるように思われる。

しかし、アメリカ合衆国において現在では、自己負罪拒否特権を有効に主張するために必要とされる、自己負罪のおそれは非常に低い程度のもので足りるとされている²⁹⁾、わが国でも「証言拒否権の範囲も、米法の流れに沿って、より広く緩やかな方向に解釈、適用されることが望ましい」とされていることから考えると、証言拒否特権行使のために必要とされる、のちに訴追される危険性は、相当低いレベルのもので足りると考えられ、本件各事情から訴追の危険がその程度以下に低下していたといえるかについては、なお疑問が残る。

以上 (i) (ii) の検討から、いずれも違法とされる余地があるといわざるを得ないという結論となった。しかし、前述のとおり、証人尋問調書が排除されるかどうかを決するためには、判例の立場によれば、さらに違法の重大性、排除の相当性を判断しなければならない。ことは程度に関わることなので一概に判断することは困難であるが、各ルート下級審が縷々述べているような事情等を勘案すると、これまでの違法収集証拠排除に関する判例の基準から考えて、必ずしも違法は重大とまでは言い難いという判断もありうるように思われる。

もっとも、検察官宣明が起訴放棄の意思表示であるとするなら、権限のない措置をとった検察官の違法性は重大であり、後の同様の行為を封圧するために証拠排除が相当であるとの結論も成り立つかもしれない。

三 について

仮に、証人尋問調書の収集過程に重大な違法があったとするなら、通常の場合、当該調書を事実認定の証拠とすることは許されないという結論になりつつである。

しかし、本件の場合には、侵害されたとされる権利が証人の自己負罪拒否特権であったこと、侵害を受けた本人(つまり本件証人)以外の者により証拠排除申立がなされていること、の二点で通常の場合とは異なり、このよう

な証拠排除を求めることができるかについては異論がある。【丸紅一審】【丸紅二審】【小佐野一審】【小佐野二審】は、この点に触れて、いずれも基本的に被告人には証拠排除の申立適格がないということで一致していた。

最終的には、証拠排除の申立適格が被告人にあるか、という問題に収斂するのであるが、これを判断するためには次の二点について検討する必要があるように思われる。

第一点は、違法な侵害を受けた本人以外の者に、違法収集証拠排除の申立を主張する適格があるか、という問題である。これは、本件のように侵害されたのが自己負罪拒否特権である場合に限られず、一般的に違法捜査により証拠が収集されたときに同様に問題となる得る点である。

この点について結論から言うと、一般的に違法収集証拠排除法則においては申立適格は問題にならないと考えべきである。確かに、証拠排除の場面においても、司法の本質に照らして考えると、申立の主体自身が訴えの利益を持っていなければならない、違法捜査によって侵害を受けた本人が申立適格者の中心となることは疑いない。しかし、違法収集証拠排除の根拠を、違法捜査抑止や司法の廉潔性に求めるのであれば、申立適格を違法捜査によって侵害された本人に限定しなければならぬ必然性はなく、排除根拠を適正手続保障に求めるとしても、その内容は、侵害された権利・利益の救済のみと考えるのではなく、訴訟手続の公正さを図るという面にまで広げて考えるべきであり、そうであるなら、やはり申立適格を違法捜査によって侵害された本人に限定する必要はないことになる。その意味で、違法捜査に対する訴えの利益は、広く一般社会が共有するものということができると考えられる。²⁴⁾

第二点は、侵害されたとされる権利が自己負罪拒否特権であることに関わる問題点である。この特権は証人に与えられた個人的なものであるから、第三者である被告人がその侵害を主張することはできないのではないかと、という点である。個人的な特権であるから、証人が自ら放棄して証言することは証人の自由であり、そのときには当然被告人は、その放棄が不当であると主張することはできないのであり、そうであるなら、証人が特権を行使し証言

を拒否したことが被告人にとって利益となっても、それは単に反射的利益に過ぎないものというべきものであって、その証言の排除を被告人が主張することはできないというのである。

しかしこの論理はおかしいように思われる。上記の理屈を言い換えるなら、たとえ権利侵害がなくても出てきた可能性のある証拠なのだから、現に侵害があったとしてもその侵害を主張することはできない、ということになるが、証人が正当な権利（自己負罪拒否特権）を主張し、その権利が現に侵害されているのであれば、やはり上記第一点で述べた立場に立つ限り、被告人にも申立適格が認められると解すべきであろう。

このように考えるなら、結局本件被告人には証拠排除の申立適格が認められると考えるべきである。

四 「不公正手続証拠排除法則」による説明

このように考えてくると、【丸紅三審】に対する次のような批判は的を射ている部分がある。その批判とはすなわち、【丸紅三審】は、検討すべき事項を検討せずに、法律がなく刑事免責制度をわが国は採用していないからその手続きによって得られた証拠は排除する、という刑事免責制度の有無という形式的観点で問題を割り切ろうとするものであり、実質的な基礎付けを回避して形式的な理由により結論をだすという「驚くべき論理」によるものである。²⁵⁾ という厳しいものである。

ただ、本最高裁判決を次のように理解できるとするならば、この簡潔な判示に対して一定の意義を見いだすことができるように思われる。

すなわち、「重大な意味を持つ証拠収集手段を法律が定めていないことが、事実上そのような手段を通じて得られた証拠を利用することも禁じる規範を含蓄する場合」があり、刑事免責を付与した上での証言強制という手続による証拠の収集は、まさにその場合にあたると考えるのである。そう考えれば、本件での検察官の一連の行為は、

事実上刑事免責制度に基づいて証拠を獲得したに等しい行為であるから、このような一連の行為により得られた証拠は排除されるという結論となる。

仮に最高裁はこのような趣旨で判示しているのであれば、「規定のない証拠収集手段によって得られた証拠を排除するという法則（不公正手続証拠排除法則）」を新たに定立するわけであるから、その排除基準等につき検討する必要があると思われるところ、最高裁はこの点について、「刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」(……) 刑法法全体の精神に照らし、事実認定の証拠とすることが許容されるものでなければならぬ」という基準をたてていると考えることができるのである。

このように考えると、本件において検察官がとった一連の行為は、一つひとつをとってみれば違法とはいえずなくとも、一連の行為としては、結局わが国には規定のない刑事免責手続をとったこととなり、このような重大な証拠収集手段が法定されていないのは、刑法法全体の精神に照らし、そのような手段を通じて得られた証拠の利用を禁止することまでも含意しているのである、と説明されることとなる。

このように考えると最高裁の判示も一応整合的に説明できるように思われ、最高裁はいわば「一定の重大な証拠収集手段法定主義」とでもいえる立場をとっていると解することができる。

しかし、このような判例理解にたつても、最高裁の判示にはなお疑問が残る。というのは、過去に最高裁が強制採尿にみられるような積極的な法創造的判断をとったこととの整合性の問題である。この疑問点を言い換えるなら、手続が法定されていないことが事実上そのような手段を通じて得られた証拠を利用することも禁じる規範を含意する場合と、そこまでは含意していない場合との区分けを検討する必要があったのではないだろうか、という点である。そして、もし刑事免責手続がそこまでは含意していない場合の範疇に入るのであれば、各ルート下級審で判断

された論点についての検討が必要とされるといふこととなる。

- (1) ロッキード事件に関する文献はまさに無数にあり、法律関係の文献に絞ってもなお多数にのぼる。主なものとして、ジュリスト編集室編「資料 ロッキード事件」ジュリスト六七六号（一九七八年）一六九頁以下、法律のひろば編集局編「ロッキード事件の経緯と概要」法律のひろば四八巻一〇号（一九九五年）二〇頁以下。一風変わった近時の著作として堀田力『壁を破って進め 私記ロッキード事件（上）（下）』（講談社、一九九九年）のうち、講談社文庫としても出版、二〇〇二年」がある。これは、当事件に実際に関わった検察官による著作であり、当時の検察当局内部の状況等について詳しい。ただし、一部フィクションが加わっている。
- (2) その他にも、重要論点として嘱託証人尋問調書の証拠能力に関するものに限っても、外国裁判所に対する証拠調べ嘱託手続の適法性や、証人尋問調書が伝聞例外となる根拠等を挙げるができるが、これらについては本稿の検討対象との関係で、さしあたり個別にとりあげることはいらないことにする。
- (3) 【丸紅一審】につき刑月一〇巻一一＝二二号一五二九頁以下、【丸紅二審】につき高刑集四〇巻二二＝二二頁、【小佐野一審】につき刑月一〇巻九＝一〇号二二八三頁および二二〇二頁以下、【小佐野二審】につき高刑集三七巻二二＝一九二頁参照。
- (4) 高刑集四〇巻二二＝二二頁。
- (5) 【丸紅一審】につき刑月一〇巻一一＝二二号一五三〇頁、【小佐野一審】につき高刑集三七巻二二＝一九二頁参照。
- (6) 刑月一〇巻九＝一〇号二二八三頁および二二〇二頁以下参照。
- (7) 高刑集四〇巻二二＝二二頁以下参照。
- (8) 本節第一項参照。
- (9) 【丸紅一審】につき刑月一〇巻一一＝二二号一五四頁以下、【丸紅二審】につき高刑集四〇巻二二＝二二頁以下、【全日空一審】につき刑月一一巻一〇号二二九一頁以下参照。
- (10) 【全日空二審】につき高刑集三九巻二二＝五二頁、【小佐野一審】につき高刑集三七巻二二＝一八八頁参照。

- (11) 刑月一〇卷九「一〇号二二八五頁以下参照。
- (12) 【丸紅一審】につき刑月一〇卷一一「二二号一五三三頁、【丸紅二審】につき高刑集四〇卷二号一三〇頁以下、【全日空一審】につき刑月一〇卷一〇号二九九頁以下、【全日空二審】につき高刑集三九卷二号五四頁参照。
- (13) 【丸紅一審】につき刑月一〇卷一一「二二号一五二六頁以下、【丸紅二審】につき高刑集四〇卷二号一二五頁以下、【全日空一審】につき高刑集三九卷二号五一頁以下参照。
- (14) 【丸紅二審】につき高刑集四〇卷二号二二七頁、【全日空一審】につき高刑集三九卷二号五一頁以下参照。
- (15) 刑月一〇卷一〇号二二九八頁以下参照。
- (16) 高刑集三七卷二号一九一頁以下参照。
- (17) 刑月一〇卷九「一〇号三〇九頁以下参照。
- (18) 【丸紅一審】につき刑月一〇卷一一「二二号一五三〇頁以下、【丸紅二審】につき高刑集四〇卷二号二二七頁以下、【全日空一審】につき刑月一〇卷一〇号一三〇二頁以下、【全日空二審】につき高刑集三九卷二号五五頁以下、【小佐野二審】につき高刑集三七卷二号一九三頁以下参照。
- (19) 【丸紅一審】につき高刑集四〇卷二号二二八頁以下、【全日空一審】につき刑月一〇卷一〇号一三〇四頁以下、【全日空二審】につき高刑集三九卷二号五五頁以下参照。
- (20) 刑月一四卷五「六号三八三頁。
- (21) 刑月一八卷五「六号四九〇頁。
- (22) 刑月一四卷五「六号五二九頁参照。
- (23) チッソ水保病川本事件に関する最決昭和五五年一月一七日刑集三四卷七号六七二頁、赤碓町長選挙事件に関する最判昭和五六年六月二六日刑集三五卷四号四二六頁等参照。
- (24) 刑月一八卷五「六号四九五頁以下参照。
- (25) これらの判決について何らかの解説を伴う論稿は数多いが、さしあたり判例評釈という形式をとっているものを以下に挙げることにする。

- 【小佐野一審】につき、森下忠「囑託尋問調書の証拠能力——ロッキード事件公判東京地裁半谷決定をめぐって」法学セミナー二八五号（一九七八年）二二頁以下、岡部泰旨「ロッキード事件囑託尋問調書の証拠能力（上）（下）——昭和五三年九月二二日東京地裁「半谷決定」を素材にして——」判例タイムズ三七四号（一九七九年）一一頁以下、同三七五号（一九七九年）三三頁以下、三井誠「ロッキード事件囑託尋問調書の証拠能力」ジュリスト六九三号（昭和五三年度重要判例解説）（一九七九年）二二〇頁以下。
- 【小佐野一審】【丸紅一審】【全日空一審】につき、山川洋一郎「免責による証言強制——ロッキード事件囑託尋問調書の証拠能力」別冊ジュリスト七四号・刑事訴訟法判例百選 第四版（一九八一年）一三四頁以下。
- 【小佐野二審】につき、松本一郎「免責による証言強制——ロッキード事件囑託証人尋問調書の証拠能力」別冊ジュリスト八九号・刑事訴訟法判例百選 第五版（一九八六年）一五〇頁以下、山田道郎「免責による証言強制」別冊ジュリスト一一九号・刑事訴訟法判例百選 第六版（一九九二年）二二六頁以下。
- 【全日空二審】につき、船山泰範「ロッキード事件全日空ルート控訴審判決（時の判例）」法学教室七三号（一九八六年）二二四頁以下。
- 【丸紅二審】につき、小暮得雄「ロッキード事件（丸紅ルート）控訴審判決 囑託尋問調書の証拠採用」ジュリスト八九五号（一九八七年）七九頁以下、椎橋隆幸「ロッキード事件控訴審判決（丸紅ルート）をめぐって（時の問題）」法学教室九二号（一九八八年）九九頁以下。
- (26) 国際刑事司法研究会（藤永幸治代表）「特別座談会」ロッキード事件における囑託証人尋問調書の証拠能力をめぐる諸問題（中）「警察学論集三三卷二号四九頁以下。
- (27) 国際刑事司法研究会・前掲注（26）五〇頁。藤永幸治「囑託尋問——檢察の立場から」三井誠「中山善房」河上和雄「田邨正義編『刑事手続（下）』（筑摩書房、一九八八年）六六五頁以下。
- (28) 松本一郎「免責による証言強制——ロッキード事件囑託証人尋問調書の証拠能力」別冊ジュリスト八九号・刑事訴訟法判例百選 第五版（一九八六年）一五一頁。
- (29) 田宮裕「刑事免責について」ジュリスト六七六号（一九七八年）一六七頁以下「のち、同『日本の刑事訴訟』（有斐閣、

- (一九九八年) 所収二七八頁以下)、米田泰邦「国際嘱託尋問とイミユニティ」刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズ七号)(一九八〇年)三二二頁。
- (30) 三井誠「ロッキード事件嘱託尋問調書の証拠能力」ジュリスト六九三号(昭和五三年度重要判例解説)(一九七九年)二二三頁。
- (31) 渥美東洋「訴追免除を与えて取得した供述の証拠能力」ジュリスト増刊・刑事訴訟法の争点 旧版(一九七九年)二三五頁。なお、この部分で「また、いずれの刑事免責を用いるかについて、立法府が何の考慮もしない状況下で、法律が、『刑事免責』を適法としておりと解するのは大いに疑問である(……)。」という箇所があるが、この『刑事免責』というのは、『行為免責』の誤植であると思われるので、そのように訂正して本文のように解釈した。
- (32) 横山晃一郎「刑事免責」刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズ七号)(一九八〇年)一八五頁。
- (33) 井上正仁「刑事免責と嘱託証人尋問調書の証拠能力(1)」ジュリスト一〇六九号(一九九五年)一七頁以下。
- (34) もっともこの反論に対しては次のような再反論()がある。
- 「そもそも自己負罪拒否特権は、刑事訴追を受ける現実の危険からの保護を目的とするものであって、訴追の可能性が現実にないという事実上のもの(検察官の訴追意思が現実にないこと)で足り、法的効果を有する事由に因ることを要しない(……)のであるから、不起訴宣明がなされれば、不起訴処分は法的拘束力があるかなどその法的効果を論ずるまでもなく、証人の自己負罪拒否特権は消滅する」。藤永・前掲注(27)六六四頁。
- 【全日空二審】【小佐野二審】のように検事総長が不起訴の確約をしたことで、国際司法共助上の国際慣習、国際礼讓ないし国際信義上これを遵守すべき義務を負ったのであり、これは法的拘束力を持つものであるから、かりに約束に反して公訴が提起されたとしても、当該公訴は棄却されることになる。したがって法的にも証人が処罰されることはなく、よって証人の特権は法的にも消滅したといえる。
- しかし上記 に対してはさらに次の再々反論()がある。
- 確かに検察官が確約に反し公訴を提起した場合、結果として、当該公訴は棄却されることになるが、しかしだからといって強制により得られた供述に基づいて処罰されることさえなければ自己負罪拒否特権の侵害はないとは直ちにはいえない。井上・前掲注(33)一九頁参照。
- (35) 三井誠「嘱託尋問とロッキード事件裁判(下)」ジュリスト七二二号(一九八〇年)二〇〇頁参照。
- (36) 藤永・前掲注(27)六六一頁参照。
- (37) たとえば、井上正仁「刑事免責と嘱託証人尋問調書の証拠能力(2)」ジュリスト一〇七二号(一九九五年)一四二頁参照。
- (38) 以下の解説はおもに、森下忠「刑事に関する国際司法共助」ジュリスト六七六号(一九七八年)一五一頁以下、同「嘱託尋問調書の証拠能力——ロッキード事件公判東京地裁半谷決定をめぐって」法学セミナー二八五号(一九七八年)一一頁以下、同「再び嘱託尋問調書の証拠能力について」法学セミナー二八九号(一九七九年)一一頁以下、同「国際嘱託尋問といわゆる刑事免責」ジュリスト六九〇号(一九七九年)九六頁以下、同「証言を得るための国際刑事司法共助(上)」ジュリスト六九六号(一九七九年)一三五頁以下、同「証言を得るための国際刑事司法共助(下)」ジュリスト六九七号(一九七九年)一一二頁以下、田宮裕ほか「座談会 犯罪の国際化と刑事司法協力」ジュリスト七二〇号(一九八〇年)一四七頁以下、森下忠「嘱託尋問調書の証拠能力」法学セミナー三〇二号(一九八〇年)五五頁以下、を参照した。
- (39) 国際司法協力、国際司法共助という用語について、ここでは森下教授の用語法にならい、いわゆる広義の国際司法共助のことを、「国際(刑事)司法協力」、狭義の国際司法共助のことを、「国際(刑事)司法共助」と呼ぶことにする。国際司法協力には、(1)犯罪人引き渡し、(2)狭義の刑事司法共助、(3)外国刑事判決の執行、(4)訴追の移管(ある国で行われた犯罪を他国で訴追することを許す制度)、があるとされる。また、国際司法共助とは、文書の送達、証人・鑑定人等の尋問、物の引き渡し等のような手続面における司法協力を意味するとされる。森下忠「国際嘱託尋問といわゆる刑事免責」ジュリスト六九〇号(一九七九年)九八頁、同「証言を得るための国際刑事司法共助(上)」ジュリスト六九六号(一九七九年)一三五頁参照。
- (40) 森下忠「国際嘱託尋問といわゆる刑事免責」ジュリスト六九〇号(一九七九年)九九頁。
- (41) 米田泰邦「国際嘱託尋問とイミユニティ」刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズ七号)(一九八〇年)三二二頁。
- (42) 米田・前掲注(41)三二二頁。

- (43) 三井・前掲注(35)一一一頁。
- (44) 最大判平成七年二月二日刑集四九卷二二頁。
- (45) 刑集四九卷二二頁。
- (46) 刑集四九卷二二頁。
- (47) 刑集四九卷二二頁。
- (48) 刑集四九卷二二頁以下。
- (49) 刑集四九卷二二頁。
- (50) なお、本判決の嘱託証人尋問調書に関する判示部分については、大野正男裁判官の補足意見があり、その内容は以下のようなものである。

嘱託の受託国では合法的な捜査資料収集手続であっても、嘱託国であるわが国の憲法に違反するか、あるいは法律の明文の規定に反するような重大な違法があると評価される場合には、そのような手続を嘱託することは許されず、そのような方法によって得られた資料は、違法収集証拠として排除されるが、本件にあてはめたときにこのような憲法違反、重大な違反があるとはいえない。しかし、「捜査の端緒ないし捜査資料の収集として嘱託証人尋問をすることができ」という問題と、「その結果得られた資料を我が国の刑事裁判上事実認定の証拠とすることができる」という問題とは別個の問題であり、後者については、(i)「刑事免責を与えることによって自己負罪拒否特権を消滅させて証言させる」というような我が国の裁判において認められていない制度によって得られた資料を、我が国の裁判において事実認定の証拠として採用することは、明文の規定によらないで、我が国内においても刑事免責制度を認めるのと同様の効果を招来することになりかねず、公正の観念に反すること、(ii)「当初から我が国の法廷における被告人、弁護人の審問の機会を一切否定する結果となることが予測されていたにもかかわらず、その嘱託証人尋問手続によって得られた供述を我が国の裁判所が証拠として事実認定の用に供することは、伝聞証拠禁止の例外規定である刑訴法三二一条一項各号に該当するか否か以前の問題であり、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ事実の真相を明らかにすべきことを定めている刑訴法一条の精神に反するもの」であること、から考えて当該嘱託証人尋問調書の証拠としての許容性は否定されるべき

である。

- (51) この判決についての何らかの解説を伴う論稿は数多いが、さしあたり判例評釈という形式をとっているものを以下に挙げることにする。

井上正仁「刑事免責と嘱託証人尋問調書(1)」ジュリスト一〇六九号(一九九五年)一三頁以下、同「刑事免責と嘱託証人尋問調書(2)」ジュリスト一〇七二号(一九九五年)一四〇頁、渥美東洋「一九九五年二月二日のロッキード事件最高裁判所の判決への一つの見方と批評」警察学論集四八巻四号(一九九五年)一頁以下、同「二月二日の最高裁判所のロッキード丸紅ルート判決の理由づけを批判的に検討する」法律のひろば四八巻一〇号(一九九五年)四頁以下、鈴木義男「ロッキード事件嘱託尋問調書の証拠能力」法律のひろば四八巻一〇号(一九九五年)四二頁以下、河上和雄「ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決」判例評論四三七号(一九九五年)二頁以下「判例時報一五二七号一六四頁以下」、甲斐行夫「ロッキード丸紅ルート事件最高裁判決」警察公論五〇巻六号(一九九五年)三四頁以下、橋本公巨「ロッキード事件と最高裁判決」法学教室一七七号(一九九五年)八頁以下、長沼範良「嘱託尋問調書の証拠能力」法学教室一七七号(一九九五年)二四頁以下、龍岡資晃「小川正持」青柳勤「いわゆる刑事免責を付与して得られた供述を録取した嘱託尋問調書の証拠能力ほか」ジュリスト一〇七二号(一九九五年)一〇六頁以下、上口裕「嘱託証人尋問調書の証拠能力」季刊刑事弁護四号(一九九五年)二四頁以下、松尾浩也「いわゆる刑事免責による嘱託証人尋問調書の証拠能力」ジュリスト一〇一〇号(一九九六年)一三頁以下、高田昭正「刑事免責を付与して得られた嘱託証人尋問調書」ジュリスト一〇九一号(平成七年度重要判例解説)一六八頁以下、後藤昭「刑事免責による証言強制」別冊ジュリスト一四八号・刑事訴訟法判例百選 第七版(一九九八年)一四八頁以下。

- (52) 井上正仁「刑事免責と嘱託証人尋問調書(1)」ジュリスト一〇六九号(一九九五年)一七頁参照。
- (53) 甲斐行夫「ロッキード丸紅ルート事件最高裁判決」警察公論五〇巻六号(一九九五年)四〇頁参照。
- (54) 上口裕「嘱託証人尋問調書の証拠能力」季刊刑事弁護四号(一九九五年)二六頁参照。
- (55) 松本一郎「ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決」法学新報一〇三巻一号(一九九六年)二四一頁参照。なお、上口・前掲注(54)二七頁は、そうであるからこの部分は違法収集証拠排除法則では説明できないとする。

- (56) 藤永幸治「ロッキード事件丸紅ルート上告審判決の検討」西原春夫・松尾浩也・田宮裕編集代表『アメリカ刑事法の諸相 鈴木義男先生古稀祝賀』(成文堂、一九九六年)四九二頁以下参照。
- (57) 井上正仁「刑事免責と囑託証人尋問調書(2)」ジュリスト一〇七二号(一九九五年)一四〇頁参照。
- (58) 井上・前掲注(57)一四二頁。
- (59) 小川佳樹「刑事免責による供述強制」田口守一・寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(成文堂、二〇〇四年)二四二頁以下。
- (60) 龍岡資晃・小川正持・青柳勳「いわゆる刑事免責を付与して得られた供述を録取した囑託尋問調書の証拠能力ほか」ジュリスト一〇七二号(一九九五年)一一〇頁。
- (61) 中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」原田國男・河上拓一・中谷雄二郎編『刑事裁判の理論と実務 中山善房判事退官記念』(成文堂、一九九八年)二二七頁。このような排除法則を「不公正手続証拠排除法則」と命名されている。
- (62) 後藤昭「刑事免責による証言強制」別冊ジュリスト一四八号・刑事訴訟法判例百選 第七版(一九九八年)一四九頁。
- (63) 河上和雄「ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決」判例評論四三七号(一九九五年)五頁「判例時報一五二七号一六七頁」参照。
- (64) 長沼範良「囑託尋問調書の証拠能力」法学教室一七七号(一九九五年)二九頁以下参照。
- (65) 最決昭和五五年一〇月三日刑集三四卷五号三〇〇頁。
- (66) 井上・前掲注(52)一七頁参照。
- (67) それ以外にも、外国裁判所への囑託手続の違法性も問題となりうるが、ここでは別論とする。
- (68) もっとも、最高裁は、従来の排除法則とは異なる証拠排除法則をとっているので、この点の検討は必要ないとしているのかもれない(この点については後述本項四参照)。
- (69) 三井誠「囑託尋問とロッキード事件裁判(下)」ジュリスト七二二号(一九八〇年)一一〇頁参照。
- (70) 早井博昭「自己負罪の理由による証言拒絶権」河村澄夫・柏井康夫編『刑事実務ノート第一巻』(判例タイムズ社、一九六八年)二六一頁参照。
- (71) 大阪高判昭和三十七年八月二六日下刑集七卷八号一五六九頁。
- (72) See John W. Strong, McCormick on Evidence (5th ed., 1999) [Hornbook Series, Student ed.] Ch. 13 §123.
- (73) 伝統的見解では、特権を主張する証人は、裁判所が負罪の危険があると十分に認定できるような情報を提示し、負罪のおそれあることを裁判所に確信させることが要求されていたが、そのような見解は、Hoffman 連邦最高裁判決(Hoffman v. United States, 341 U.S. 479 (1951)) によつて疑問とされた。
- Hoffman 判決は次のように判示している。すなわち、特権主張を認めるために必要なのは、質問がなされた状況から当該質問に対する回答もしくは回答できない理由の説明が、不利な開示となる危険があるといつことが、質問の含みから明白になることのみである。…当該回答がそのような負罪傾向をもつ可能性はおそらくあり得ない(cannot possibly) ことが、当該事案における全状況を注意深く調査しても「完全には明らか(perfectly clear)」にはならなかったとの理由で証言拒絶を認めなかった事実審の判断は誤りである。と。
- つまり、この判決によると負罪傾向がないことが完全には明らかでない場合にも証言拒否できるとの判断を示したと言え換えることができよう。もっともこの Hoffman 判決では伝統的な見解と整合するような判示部分もあり、また当該判決に対する下級審の解釈は一致をみていない。一方では、すべての状況から、質問に対する回答が証人を負罪する傾向をおそらく持ち得ないといつことを完全に明白にしなければ、証人による特権主張は支持されなければならないと解釈され、他方では、Hoffman 判決は、特権を行使する証人に対して少なくとも当該主張を支持する一定の義務を課したと解釈されている。See *id.* Ch. 13 §133.
- (74) 渡辺修「証拠排除と申立適格(二・完)神戸学院法学」二卷二号(一九八一年)一九〇頁以下、三井誠「違法収集証拠の排除」[5]法学教室二六七号(二〇〇二年)一一〇頁以下参照。
- (75) 中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」原田國男・川上拓一・中谷雄二郎編『刑事裁判の理論と実務 中山善房判事退官記念』(成文堂、一九九八年)二二二頁以下による命名に従う。
- (76) 鈴木義男「ロッキード事件囑託尋問調書の証拠能力」法律のひろば四八巻一〇号(一九九五年)四二頁以下、藤永・前掲注(56)四七七頁以下等参照。

第三節 近時の議論状況

前節では、ロッキード事件に関する判例と学説を中心にその内容を概観した。ここでは、刑事免責に関する問題も重要な論点であり、学説上の議論も多くなされたが、当然のことながら、当該事件についての評価という面に議論が集中したため、一步引いた形で刑事免責制度そのものについて、わが国への導入までも視野に入れた検討は、それほど盛んになされたわけではなかったように思われる。それが始まったのはロッキード事件が一応の終結をみたのちのことといつてよい。

制度導入を視野に入れた議論は、比較的近時に始まったものであり、なお議論の蓄積が十分とはいえない現状であるが、すでに優れた論稿がいくつかみられる。

本節では、近時の議論状況について、【丸紅三審】が刑事免責制度の採否について述べた二つの側面、すなわち、(i)「これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうか」についての検討(採否決定のための基本的視点についての議論)と、(ii)「これを採用するのであれば、明文をもって規定すべきである刑事免責制度の」対象範囲、手続要件、効果等」の内容(立法技術的内容についての議論)、に沿ってその内容を概観することにした¹⁾。

第一項 採否決定のための基本的視点についての議論

繰り返しになるが、【丸紅三審】はこの点についての検討課題として、当該制度を必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうか、という論点を挙げているので、議論状況もそれに沿ってまとめてみることにする²⁾。

一 当該制度を必要とする事情の有無について

これまで刑事免責制度がわが国で採用されなかった理由として、被疑者や関係者に対する捜査機関による念入りの取調べが行われるので導入の必要性が乏しかった、という点が挙げられる³⁾。そして今後制度導入の必要性があるかについては意見が分かれている。

必要とする見解は、その論拠として、(i)増加・悪質化する組織的犯罪では、関係者の供述証拠が事案解明のため必須であるのに、取調べによって供述証拠を得られる見込みが少ないこと、とりわけ取調べ受忍義務否定を前提とするのであれば、被疑者から協力的供述を得ることは容易ではないこと、(ii)現在の制度では被疑者が協力的供述をして不起訴となっても、それは起訴猶予処分に過ぎず、その法的地位は不安定であり、その地位の不安定さがさらに「共犯者の自白」、「約束による自白」といった問題を生じさせている、(iii)ロッキード事件のような外国法との関係で問題が生じる事態に対応するため、といった点を挙げる⁴⁾。

それに対して消極的見解は、(i)免責制度の導入論の前に、日本における取調べ中心の捜査体制を改めることが必須である、(ii)日本では共犯者等が自己負罪拒否特権を行使して徹底的に争うという事例は皆無に近い⁵⁾、等をその論拠として挙げている。

二 公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正感に合致するかどうかについて

この点については、必ずしも「当該制度を必要とする事情の有無について」ほどその内容が明確であるとはいえないが、次のような点が問題になるとされる。

まず、(i)多くは共犯者である供述者を処罰できないことに対する疑問と、(ii)多くの共犯者がいる場合、そのうちの一部の者(あるいは一人)だけに免責が与えられることに対する疑問⁶⁾、(iii)「罰しないから、組織のこと

を話せ」というのは「義理人情」に反するという感情論、等が挙げられる。

しかし、(i) に対しては、犯罪者を一人も逃がすべきではないというのは極端な必罰主義であり妥当でない、(ii) に対しては、共犯者の一部の者を訴追しないことが直ちに平等条項に反することにはならないとの最高裁判例もあり、それに従えば免責の場合も問題とならない、また (iii) に対しては、犯罪者の義理人情・掟を重視するよつな見解は妥当でなく、国民感情も、末端行為者を免責して組織全体の解明や中心人物を摘発することを支持するであつ、との反論がある。⁽⁸⁾

また、(iv) 免責と引き換えに供述を得るといふ点で取引的性格を帯びる点わが国の刑事司法制度および国民感情にそぐわないとの指摘や、(iv) とも関連するが、(v) いわゆる「約束による自由」との関係で問題が残るとの指摘もある。これらの点について、例えば【小佐野二審】では、「免責の付与による供述の強制は、事件関係者の一部の者取引による自由ないしは約束による自由をさせて不当に利益を与えるもので、わが国の司法制度の基本原理と相容れないという疑いがないとはいえない」として疑問の存在を指摘する。

しかし、(iv) に対しては、そもそもわが国の刑事司法制度に取引的な手続運用が本来的になじまないといえるかはつきりしないし、現に公訴提起前に弁護人が起訴猶予や略式命令による事件処理を交渉することはよくあることで、特段に不公正であるとはされていない、との反論や、そもそも刑事免責制度は法制度としてみる限り一方的な証言強制であつて取引的要素はないとの反論がある。また (v) に対しては、取引要素はないとの見解からは当然約束による自由の問題も生じ得ないとの反論がなされている。

第二項 立法技術的内容についての議論

これもまた繰り返しになるが、刑事免責制度を採用するとした場合の立法上の検討課題として、【丸紅三審】は、

対象範囲、 手続要件、 効果等の法規定を挙示している。さしあたり、これに沿って議論の内容を整理してみる。

一 対象範囲について

この点の検討は当然前項で整理した、必要性の考慮と密接に関連する。したがって、捜査・立証の困難性、供述証拠の必要性が高いと考えられる、組織的犯罪、贈収賄犯罪等が主たる対象犯罪とされることについての異論はないようであるが、立法に際して罪種を限定する必要があるかについては、その理由付けは必ずしもつきりしないが、消極的に解する見解が多いようである。

二 手続要件について

手続要件については、(i) 免責付与の時期・場面、(ii) 免責付与の前提条件、(iii) 裁判所の役割、(iv) 実効性担保のための手段、等が論じられている。

(i) について、捜査段階と公判段階の二段階の機会を設定すべきであるとの見解がある。捜査段階では、刑法二六条に規定される、第一回公判期日前の供述証拠獲得のための検察官の請求による裁判官の証人尋問を利用することにされるとされる。⁽⁹⁾

(ii) について、証人が刑法一四六条により証言を拒否する場合が前提となることについては当然であるが、その場合に検察官が免責を請求するためにどのような要件を満たすことが必要となるかが問題となるとされる。この点アメリカ法を参考に、検察官は「公益上の必要」がある場合に免責請求をすることができる。そして、その「公益上の必要」とは、当該事件捜査の重要性、当該供述証拠の重要性、証言の可能性、証人の責任の程度、

証言させることによる証人への影響等が考慮要素になると考えられている。¹³⁾

(iii) について、アメリカ法と同様、裁判所の役割は、免責付与に関する実質的判断ではなく、検察官の判断を手続的に確認するにとどめるとすべきか、あるいは中立的立場にある裁判所に、もっと実質的判断権限を与えるべきかに争いが生じうるとされている。¹⁴⁾

(iv) について、証人に対する供述義務を担保するための間接強制制度を、より充実・強化する必要性が指摘される。¹⁵⁾ また同時に、証人保護の拡充が必要であることも指摘されている。¹⁶⁾

三 効果について

効果については、免責の形態として、行為免責と使用・派生使用免責のいずれが妥当かが問題となる。(i) 信頼性のより高い供述を得るにはどちらの形態が妥当かという視点と、(ii) 免責証人に対するのちの訴追の可能性を残しておくことをどのように評価すべきかについての視点 からの検討が必要とされる。これらを検討した上で、使用・派生使用免責がより適格的ではないかとの見解もある。¹⁷⁾

(1) なお、司法制度改革審議会の審議中の資料「刑事免責制度の導入に伴うメリットと検討すべき事項（一般的に指摘されている事項）」において、検討すべき事項として、「免責を与えることは、刑罰法規の求める犯人の厳正な処罰の趣旨に反するのではないか。」「内容虚偽の供述を誘発する危険があるのではないか。」「国民感情から見て、公正感に反するのではないか。」との三点が挙げられている。ジュリスト一一九八号（臨時増刊「司法改革と国民参加 司法制度改革審議会中間報告をめぐって」）二〇〇一年（三八五頁）。

(2) たとえば、田宮裕「刑事免責へのアプローチ——アメリカと日本の距離」西原春夫「松尾浩也」田宮裕編集代表「アメリカ刑事法の諸相 鈴木義男先生古稀祝賀」（成文堂、一九九六年）四九八頁。

(3) 田口守一「立法のあり方と刑事免責・証人保護等」刑法雑誌三七卷二号（一九九八年）七二頁以下参照。

(4) 白取祐司「立法のあり方と刑事免責・証人保護等——慎重論の立場から」刑法雑誌三七卷二号（一九九八年）八六頁以下参照。

(5) 小早川義則「訴追免除」ジュリスト増刊・刑事訴訟法の争点 第三版（二〇〇二年）一一一頁参照。

(6) 田宮・前掲注（2）四九八頁参照。もっとも田宮博士が免責導入に対して消極的であるというわけではない。

(7) 最判昭和五六年六月二六日刑集三五卷四号四二六頁。

(8) 田口・前掲注（3）七三頁以下、井上正仁「刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力（2）」ジュリスト一〇七二号（一九九五年）一四三頁参照。

(9) 高刑集一七卷一号一九三頁。

(10) 井上・前掲注（8）一四四頁、宇川春彦「司法取引を考える（12）」判例時報一六〇二号三〇頁、川出敏裕「経済犯罪と取引的捜査手法」ジュリスト二二二八号（二〇〇二年）一三五頁、一三九頁参照。

(11) 田口・前掲注（3）七四頁は、必ずしも無限定でよいとする趣旨ではなく、「捜査・立証の困難性」の高い罪種に限定する趣旨かもしれない。また、酒巻匡「刑事免責（訴追免除）制度について」ジュリスト一一四八号（一九九九年）二四五頁以下も、特に罪種による限定を想定していないようであるが、当該制度の必要性の有無については留保されているので、必ずしも無限定というわけではないかもしれない。

(12) 田口・前掲注（3）七五頁、酒巻・前掲注（11）二四六頁以下参照。

(13) 田口・前掲注（3）七五頁、酒巻・前掲注（11）二四六頁以下参照。

(14) 酒巻・前掲注（11）二五一頁参照。

(15) 酒巻・前掲注（11）二五一頁以下、長沼範良「刑事免責制度の導入」現代刑事法四三号（二〇〇二年）三八頁参照。

(16) 田口・前掲注（3）七六頁以下、長沼・前掲注（15）三八頁、佐藤幸治「竹下守夫」井上正仁「司法制度改革」（有斐閣、二〇〇二年）一八三頁参照。

(17) 酒巻・前掲注（11）二四八頁以下。

第四節 小括

以上が刑事免責制度に関するわが国の議論状況である。ロッキード事件をめぐる議論と、それ以降のわが国への免責法導入を視野に入れた議論とに大別することができる。

前者では、刑事免責に固有の問題のみならず、ロッキード事件で問題となった論点も一部取り上げ、若干の検討を加えた。ここでの議論は、現行法の下で刑事免責的な手続をとることが可能かどうか、つまり現行法下での刑事免責類似手続の適法性を検討する上で参考になると思われる。

後者の議論は、刑事免責制度を導入とした場合に生じるであろう問題点を検討する上で参考になる。

しかし、これまでのわが国の議論は、なお不十分、断片的であるとの感を否めない。その理由として、次のような点を挙げるように思われる。

第一に、ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決を受けて、免責法導入は憲法上問題を生じないということ为前提に近時の議論が展開されているが、合憲性の議論は、導入する免責形態との関係を含め、さらにきめ細かく、慎重になされる必要があるように思われる点。

第二に、立法論についても、優れた論稿が近時発表されているとはいっても、使用・派生使用免責における派生使用の範囲に関する問題を中心として、なお議論が不十分である論点があると思われる点。

第三に、一般的な刑事免責の定義からは外れるが、弁護側証人についても、検察側証人と並んで免責付与が想定可能であるのに、わが国ではほとんど議論がなされていない点。

このような問題点に特に注意しながら、刑事免責制度導入の可能性と、導入する際に生ずる問題点を検討するための基礎作業として、アメリカ合衆国における、刑事免責制度の変遷過程、判例の展開、議論状況、運用状況等について、検察側証人免責、弁護側証人免責の双方について紹介するのが、次章以降の課題となる。