

[翻訳] 金宰中 韓国における違法収集証拠排除法則

著者	権 南希
雑誌名	関西大学法学論集
巻	61
号	2
ページ	502-531
発行年	2011-07-31
その他のタイトル	[Translation] Kim Jae-Jung, The Exclusionary Rule in Korea
URL	http://hdl.handle.net/10112/6540

金 宰中*

韓国における違法収集証拠排除法則

権 南 希 (訳)

目 次

はじめに
第一章 違法収集証拠排除法則の比較法的考察
第二章 韓国における違法収集証拠排除法則
第三章 違法収集証拠排除法則に関する判例の動向
むすびにかえて
訳者あとがき

はじめに

違法証拠排除法則に関する問題は、違法な手続によって収集された証拠を違法収集証拠 (improperly or illegally obtained evidence) とし、このような違法収集証拠の証拠能力を認めるか否かに関する議論である。米国のコモン・ローから発展した違法収集証拠排除法則は、違法捜査によって獲得された証拠とその証拠に基づいて得られた二次証拠の証拠能力を否定することにより、有罪の証拠とすることができないようにする法則である。違法収集証拠の証拠能力の有無およびその範囲に関する問題は、実体的真実の発見、犯人の処罰という側面に重点を置くのか、あるいは手続の公正性と基本的人権の保障および違法捜査の抑止に重点を置くのかという訴訟観の違いにより、また刑事訴訟手続にかかわる各国の歴史的、法文化的経験により、その結論が違ってくる問題であると言えよう。

韓国の場合、供述証拠に関しては、憲法第12条7項、刑事訴訟法第309条および第317条が証拠収集手続に違法がある時には証拠として認めないと規定しているが、非供述証拠の収集手続に違法がある場合についての規定はない。違法収集証拠排除法則は刑事手

* 忠北大学 法学専門大学院 副教授

韓国における違法収集証拠排除法則

続において超法規的一般原則として機能していたが、改正刑事訴訟法第308条の2が「合法的手続によらずに収集された証拠は、証拠とすることができない」と規定することによって、実定法的根拠を有する一般原則として位置付けられるようになった。違法収集証拠排除法則の実定法化は、今後、刑事手続において適正手続原則の遵守による市民（被疑者および被告人）の人権保護を強化し、証拠の排除を通じて違法捜査を抑止することができる規定であることから大いに意味がある。しかし、「合法的手続によらずに」という文言の意味は曖昧なため、どこまでが証拠排除の範囲となるのかについては、判例の集積や学説の発展による解釈の余地が残されるのである。

今般の刑事訴訟法改正は、「公判中心主義の実現を通じた刑事司法手続の透明性強化」と「刑事被害者の権利保護」という二つの理念を中心軸に据えた革新的改正である¹⁾。刑事被害者²⁾の権利保護のためには、裁定申請制度の大幅な整備（第260条、第262条、第262条の2、第262条の3）、被害者と信頼関係にある者の同席（第163条の2）、ビデオ中継方式による尋問（第165条の2）、被害者に対する通知制度（第259条の2）、被害者の法廷供述権の拡大（第294条の2）および被害者尋問の非公開（第294条の3）、被害者の記録閲覧および謄写（第294条の4第1項および第3項）等の規定が改正された。

一般的に刑事訴訟法の指導理念としては、実体的真実発見主義、適正手続の原則、迅速な裁判の原則等が挙げられる³⁾。従来、刑事訴訟法は「被告人の基本的な人権保障」と

- 1) 법무부 (法務部) 『개정형사소송법 (改正刑事訴訟法)』 (法院行政処, 2007年) 3-16頁; 법원행정처 (法院行政処) 『새로운 형사재판의 이해 (新しい刑事裁判の理解)』 (法院行政処, 2007年) 12-14頁。この中で、公判中心主義の実現のためには、口頭弁論主義の確立および集中審理が必要であるという前提から、① 公判準備手続（第266条の5）および証拠開示制度（第266条の3、第266条の11）の導入、② 証拠調べ手続および証拠規定の合理化のための被告人尋問順序の変更（法296条の2第1項本文）がなされた。
- 2) 刑事被害者の概念について、憲法裁判所は一貫して「直接的な保護法益の主体ではなくても、当該犯罪のために法律上不利益を被る者」であるとする。憲法裁判所 (헌법재판소) 1992.2.25. 宣告 90 헌마 91 決定; 1993.3.11. 宣告 92 헌마 48 決定; 1997.2.20. 宣告 96 헌마 76 전원재판부 (全員裁判部); 2000.9.6. 宣告 00 헌마 550 決定。本稿においても、この定義に従うこととする。被害者の範囲に対する詳細な内容は, 박미숙 (Park Mi-suk) 「현행법상 형사피해자의 범위 (現行法上の刑事被害者の範囲)」 『피해자학연구 (被害者学研究)』 第12卷 2号 (2004年) 10頁以下を参照。
- 3) 이경재 (Lee Gyong-jae), 최정학 (Choi Jeong-hak) 『형사소송법 (刑事訴訟法)』 (韓國放送通信大學出版部, 2009年) 27-41頁; 이재상 (Lee Jae-sang) 『신 형사』

「実体的真実発見」の二つの理想を追求しており、被告人の基本権を保障するために適正手続および迅速な裁判が登場するようになった。筆者は、刑事訴訟法が機能すべき領域が果たして被告人の基本権保障に限定されるべきかに関しては疑問を抱いている。刑事訴訟法が被告人の基本的な人権は保障しながら、被害者の人権保障を疎かにすることになれば、そのような状況は国家の刑罰権発動に過ちがあるか、少なくとも問題を抱えている状況にあると言わざるを得ない。また、刑事訴訟法上「被害者保護主義」が法全体を貫く指導理念として位置づけられていることを前提に考えると⁴⁾、「実体的真実の発見による被害者の権利保護」をも重要な理念的枠組みとして機能させるべきであろう。

このような前提を踏まえて違法収集証拠排除法則を見ると、原則的に合法的手続によらずに収集された証拠は証拠として使うべきではないが⁵⁾、すべての違法収集証拠の証拠能力を否定するような過度な拡大解釈および適用は、真犯人を処罰できなくなるという不合理な結果をもたらすのみならず、捜査機関の誤りが犯人の不当な利益に繋がる恐れがあるため、慎重な解釈が求められる。本稿では、捜査機関の違法収集証拠に対する

ㄴ 소송법 제2판 (新刑事訴訟法第2版)』(博英社, 2008年) 21-39頁; 이영란 (Lee Young-ran) 『한국 형사소송법 개정판 (韓國刑事訴訟法改訂版)』(나남, 2008年) 67-78頁; 배종대 (Bae Jong-dae), 이상돈 (Lee Sang-don), 정승환 (Jeong Seung-whan) 『신형사소송법 (新刑事訴訟法)』(홍문사, 2009年) 19-41頁; 임동규 (Lim Dong-gyu) 『형사소송법 제4판 (刑事訴訟法第4版)』(法文社, 2006年) 8-13頁; 신양균 (Shin Yang-gyun) 『형사소송법 (刑事訴訟法)』(法文社, 2000年) 24-45頁; 박상열 (Park Sang-yol), 박영규 (Park Young-gyu) 『형사소송법 개정판 (刑事訴訟法改訂版)』(형설출판사, 2006年) 26-34頁; 정웅석 (Jeong Woong-seok) 『형사소송법 (刑事訴訟法)』(대명출판사, 2005年) 24-25頁; 진계호 (Chin Gye-ho) 『형사소송법 (刑事訴訟法)』(형설출판사, 2000年) 15-28頁を参照。この中で, 임동규 (Lim Dong-gyu), 박상열 (Park Sang-yol), 박영규 (Park Young-gyu), 정웅석 (Jeong Woong-seok) は, この三原則の他に無罪推定の原則を刑事訴訟法の理念として分類している。

4) 拙稿「형사소송법의 지도이념으로서의 피해자 보호주의 (刑事訴訟法の指導理念としての被害者保護主義)」『법학연구 (法学研究)』第19巻2号 (2008年) 131-160頁。

5) 김재윤 (Kim Jae-yun) によれば, 韓国社会の時代的要請は被疑者および被告人の人権保護がより重要な価値であるというのが立法者の価値判断であるとする。김재윤 (Kim Jae-yun) 「개정 형사소송법상 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협 — 제 308 조의 2 위법수집증거배제법칙을 중심으로 (改正刑事訴訟法における人権保護と正義実現の間の衝突と妥協 — 第308条の2 違法収集証拠排除法則を中心に)」『영남법학 (嶺南法学)』第26号 (2008年) 65頁。

各国の違法収集証拠排除法則について検討し、刑事訴訟法第308条の2の一般的適用範囲を述べ、判例を通じて形成してきた違法収集証拠排除法則の合理的な適用基準を導き出すこととする。

第一章 違法収集証拠排除法則の比較法的考察

1. 米 国

(1) 形成過程

英国と同様、米国では伝統的に違法手続によって収集された証拠の場合でも、その証拠能力は認められてきた。違法収集証拠排除法則は、直接憲法に規定されているものではなく、憲法修正第4条のプライバシー保障条項の保障のために判例によって形成されてきたものである⁶⁾。違法収集証拠排除法則は、連邦レベルではBoyd判決(1886年)⁷⁾で初めて登場し、Weeks判決(1914年)以後、すべての連邦刑事訴訟手続において違法収集証拠の証拠能力が否定されるようになった。Weeks判決は郵便を違法に利用した連邦法違反事件に対し、「違法に押収された物を被告人に不利な証拠として利用することが認められるのであれば、不合理な搜索・押収を受けない権利を市民に保障している米国憲法修正第4条はその意味を失う」とし、排除法則が連邦憲法の要請であることを明確にした。

Weeks判決によって明確に示された違法収集証拠排除法則は、連邦刑事訴訟法(1946年)第42条の(e)で明文化され、Mapp判決(1961年)で「修正第4条のプライバシー保護の権利は、第14条の適正手続条項の本質的内容を成すものであり、違法収集証拠排除法則は州においても適用される」と判断されることで、米国刑事証拠法の揺るぎない原則として確立されるようになった⁸⁾。

違法収集証拠排除法則の法的地位に関しては、憲法修正第4条および同条に基づいた憲法上の原則であるとする見解と判例によって司法上形成された法則であるとする見解

6) U.S. v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

7) 憲法修正第4条との関連で、違法収集証拠排除法則はBoyd v. U.S., 116 U.S. 616 (1886) 事例で最初に提起されたが、これは事案が民事事件であり、さらに警察の搜索とは関連性のない事件であった。刑事事件で違法収集証拠を排除したのは、Weeks v. U.S., 232 U.S. 383 (1914) が初めての事例である。조국(Cho Guk)『위법증거배제법칙(違法収集証拠排除法則)』(博英社, 2006年) 23頁。

8) 이재상(Lee Jae-sang)『신형사소송법(新刑事訴訟法)』(博英社, 2008年) 541頁。

が対立しているが、後者の見解が有力である⁹⁾。違法収集証拠排除法則は、ウォーレン連邦最高裁判所長官による自動的、義務的証拠排除から、保守派の連邦裁判所時代を経て多くの例外が認められ、違法が軽微な場合には違法収集証拠物の証拠使用を認める等、多数の例外論が展開されてきた。

米国では違法収集証拠排除の根拠が権利保護、違法捜査の抑制および司法の公正性確保にあるとする。しかし、この法則の適用そのものに関しては賛否両論の議論が続いている。連邦最高裁は、この法則を刑事訴訟手続に限定して適用しており、特に検察官の公訴事実立証に限定した適用、弾劾証拠としての使用、警察官の善意による違法行為に対する適用排除等、主に違法捜査の抑制の観点からその理論的根拠を導き出している¹⁰⁾。

(2) 例外理論

(a) 善意の例外 (The good faith exception)

善意の例外は、最高裁によって認められている違法収集証拠排除法則に対する例外である。善意の例外とは、違法に収集された証拠でもその違法が警察官によるものではない場合、また警察官による場合でも警察官が誠実かつ合理的である場合には証拠能力を認めるというものである。米国の最高裁は Leon 判決と Sheppard 判決において、裁判官が発付した捜索令状に対する合理的信頼に基づいて収集された証拠は、後に相当な理由が認められなかったため、令状が無効となった場合にも認められると判示した。違法収集証拠排除法則は裁判官の行為がその対象ではなく、警察官の行為を統制するためのものであり、違法行為を行ったのは警察官ではなく裁判官であるため、この場合に違法収集証拠排除法則は適用されない¹¹⁾。

(b) 被告人に対する権利侵害がない場合

違法な証拠収集でも被告人に対する権利侵害が存在しない場合には、被告人は違法捜

9) 류지영 (Ryu Ji-young) 「위법수집증거배제법칙 (違法収集証拠排除法則)」『법학연구 (法学研究)』第29巻 (우석대학교, 2008年) 318頁。

10) 신양균 (Shin Yang-gyun), 前掲書(注3), 672頁。

11) このような善意の例外は、警察官ではなく裁判官による違法があった場合に認められるものであるが、それに限定されるものではない。違法が裁判所職員による場合、警察が違法を行ったが、押収・捜索令状を申請するための報告書が正確かつ誠実であると合理的に信頼した場合、家の中に入れてくれた人に同意の権限があると警察官が合理的に信じた場合、警察官の行為が後に違憲決定された法律に基づいた場合等は、善意の例外として認められる。詳細な内容は, 이재상 (Lee Jae-sang), 前掲書(注8), 550頁参照。

韓国における違法収集証拠排除法則

査を主張する当事者適格を有さず、証拠能力の排除を主張することができない。例えば、被告人が交際中の女性に麻薬を預けたが、警察が彼女の財布を不法搜索して証拠物を確保した場合、権利が侵害されたのは交際中の女性であり、被告人ではないということになる¹²⁾。

(c) 被告人が放棄した物の場合

被告人がプライバシーの保護を放棄したことが、本人の行為や言葉から確認できる場合には、その証拠物は証拠として使うことができる¹³⁾。

(3) 毒樹の果実論 (Doctrine of the fruit of poisonous tree) とその例外

毒樹の果実論は、違法に収集された一次証拠に基づいて発見された二次証拠の証拠能力を否定するというものである。しかし違法収集証拠に基づいて収集された証拠であっても、捜査機関が独立した資料に基づいて果実の存在を把握した場合、違法収集証拠と果実の間に因果関係が認められない場合にはこの原則は適用されない。次の場合に毒樹の果実論に対する例外は認められる¹⁴⁾。

(a) 希釈法理 (The purged taint exception)

違法捜査による一次証拠の汚染性が、被告人の自発的行為や第三者の独立した行為が介入することで、違法による汚染を除去するほどに希釈される場合、二次証拠にはその影響が及ばないとする理論である。言い換えれば、最初の違法と果実の間の因果関係が断絶する場合に二次証拠は証拠能力を有することになる。例えば、警察官が被疑者の家に違法に侵入して自白を得たが、被疑者が数日後、警察署に自ら出頭し自白調書に署名した場合、これが自由な意思によるものであることは明らかであり、違法性による証拠の汚染はそれによって希釈される。

(b) 独立源の例外 (Independent source exception)

違法な捜索・押収と関連性のない独立源によって収集された証拠であることが証明される場合は、証拠として認められるという理論である。捜索が違法な場合には、捜索に

12) 전주혜 (Jeon Ju-hae) 「위법수집 증거물의 증거능력 (違法収集証拠物の証拠能力)」『형사판례연구 (刑事判例研究)』第16卷 (2008年) 389頁。

13) 송광섭 (Song Kwang-seop) 「위법수집 증거배제법칙에 관한 연구 (違法収集証拠排除法則に関する研究)」원광대학교 박사학위 청구논문 (圓光大学博士学位請求論文) 1989年, 179-183頁。

14) 이재상 (Lee Jae-sang) 前掲書(注8), 548頁; 정웅석 (Jeong Woong-seok), 前掲書(注3), 795頁。

よって収集されたすべての証拠が汚染されるが、独立源によって発見された証拠には証拠能力が認められる。例えば、違法な捜索による場合でも誘拐された少女が被告人の家で発見された場合、誘拐された少女の供述は証拠となる¹⁵⁾。

(c) 不可避的発見の例外 (Inevitable discovery exception)

違法行為であるか否かを問わず、合法的な手段による場合でもその証拠を発見したであろうことが証明される場合には証拠とすることができるという理論である。この例外は、収集された証拠が武器または身体、特に遺体の場合に適用されることが多い¹⁶⁾。殺人事件を捜査した警察官が被疑者の権利を侵害して尋問を行い、遺体の所在を知った場合、警察官が合法的な方法によっても死体を発見したであろうことを証明できれば、その証拠能力は認められる。

2. 英 国

英国の伝統的判例法によれば、証拠収集が違法であるか否かにかかわらず、その証拠能力は認められる。裁判所は、証拠として使われることが被告人に著しく公正さを欠くと認められる場合には、その証拠を排除する裁量を持つ。しかし、このような裁量は極めて例外的に行使されており、殆どの場合に問題となった証拠を排除せず、判決理由の中で理論的に示される形で行使された¹⁷⁾。そして証拠収集過程で捜査機関に違法があった場合、被害者は捜査官もしくはその上司、または国家を相手に民事上の損害賠償を請求する方法で解決しなければならず、証拠の証拠能力を争うことはできない¹⁸⁾。

英国では、違法に収集された場合でも自白の自発性が認められれば、その証拠能力は認められる。このような自発性を判断する基準として、自白が抑圧的 (oppressive) 行動による場合、その証拠能力は自動的に排除される。しかし、抑圧的ではないが不公正な方法で得られた自白については、裁判所が自白の証拠能力を排除するか否かを判断する裁量を持つ。「抑圧的」という用語は、その意味が曖昧なものであり、被疑者の主観的事情により結論が異なる等、恣意的であるという批判があり、「警察・刑事証拠法

15) 전주혜 (Jeon Ju-hae), 前掲論文(注3), 390頁。

16) 조국 (Cho Guk), 前掲書(注7), 421-430頁。

17) 안성수 (Ahn Seong-soo) 「각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안 (各国の違法収集証拠排除法則とわが国の法律上の受容方案)」『저스티스 (ジャスティス)』第96号 (2007年) 187頁。

18) 류기환 (Ryu Gi-whan) 「위법수집증거배제법칙에 관한 연구 (違法収集証拠排除法則に関する研究)」『법학연구 (法学研究)』第29卷 (2008年) 344頁。

韓国における違法収集証拠排除法則

(Police and Criminal Evidence Act 1984, 以下「PACE」とする)」と「実務規範 (Codes of Practice)」が制定された。

このような英国における刑事手続の改革は、市民と自由主義陣営による激しい対決と妥協の産物であるとされる。PACE 第78条1項は、「不公正な証拠の排除 (Exclusion of unfair evidence)」という見出しで「裁判所は、すべての裁判過程において証拠が獲得された状況を含むあらゆる事情を考慮した結果、証拠能力を認めることが裁判手続の公正性に否定的な影響を及ぼし得ることから、証拠の証拠能力を排除すべきであると判断される場合には、検察が提出した証拠の証拠能力を認めることはできない」と規定している。違法収集証拠の排除を自動的、義務的にする一方、それに対する例外が多く認められている米国とは異なり、英国では証拠排除を原則的に裁判官の裁量に委ねていることが特徴的である¹⁹⁾。

3. 日 本

日本の憲法および刑事訴訟法には違法収集証拠排除法則に関する明示的規定は存在しない。関連する学説および判例を整理すると次の通りである。

(1) 学 説

(a) 許 容 説

許容説は、① 証拠物の場合、収集手続に違法があったとしても証拠物そのものの証拠価値には影響しないため、違法行為者に対して責任を追及するほかに証拠能力を否定する必要はない。② 証拠能力を否定するならば、刑事訴訟の最大目的の真実発見に最も役立つ証拠物を使用できなくなる可能性がある。③ 証拠能力を否定するならば、国家は違法な捜査を行うという誤りの他に、真犯人を逃すという別の過ちを犯す可能性がある。④ 排除説を採る場合でも、当事者の同意があれば、違法収集証拠の証拠能力は認められるため、結果的には司法の廉潔性 (judicial integrity) を保障することができない。⑤ 司法の廉潔性を保障するためには、違法に押収した押収物を再び押収することは認めてはならないが、これが可能であるとすれば、結果的には司法の廉潔性を保障することができなくなる。⑥ 証拠が所持禁止物の場合、違法収集証拠として被押収者に返すことになれば、法秩序の破壊に繋がる。⑦ 刑事訴訟法が自白に関して排除規定を置いている一方、証拠物に関しては排除規定を置いていないことは、証拠物に関して

19) 조국 (Cho Guk), 前掲書(注7), 114頁。

は違法収集証拠排除法則を採用しないという意思の表明である。⑧ 捜査官が意図的に違法捜査を行うことで犯人を手助けする等、悪用の恐れがある。このような理由で、許容説は証拠物の証拠能力を排除することに対して否定的な見解を示す。

(b) 排除説

① 真実の発見は、基本的人権の保障の下で適正手続によって実現しなければならない。② 違法収集証拠物の証拠能力を認めることは、違法な捜査手続の結果を利用することになるため、司法の廉潔性を害する。③ 違法捜査を抑制するためには、そのような方法で取得した証拠の証拠能力を否定することが最も効果的である。

(c) 相対的排除説

現在は、純粋な許容説または排除説はほとんど主張されず、違法の程度によって排除有無を決定する見解が一般的である²⁰⁾。具体的には、第一に、被告人に対する証拠取得手続にその後の訴訟手続全体を不当なものにする程度の実質的な違法がある場合、その結果として収集された証拠を利用し、被告人を処罰することが基本的正義観念に反すると認められる場合には証拠能力を否定する見解がある。第二に、個々の事案ごとに手続違反の程度、手続違反が発生した状況、手続違反の有意性および頻度、手続違反と当該証拠収集との因果関係の程度、証拠の重要性、事件の重大性等を考慮し、証拠排除の結果発生する不利益と得られる利益の間に適正な均衡が維持されるように考慮した結果、証拠排除の必要性が認められる場合には証拠能力を否定する。

(2) 判例

判例は、従来、押収手続が違法でも押収物の性質や形状には変化がないため、証拠価値を認めなければならないという立場に立っていたが、最高裁判所は1978.9.7.判決で、「証拠物の押収等の手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定される」と判示し、違法収集証拠排除法則を宣言した。

(a) 違法性の判断基準

裁判所は、捜査手続に違法があるか否かを調査し、捜査手続に違法がある場合、それが証拠排除を要する程度の重大な違法であるか否かを判断するという二段階の基準で証拠物の証拠能力を決定している。最高裁が示している証拠能力を排除する違法の程度は、

20) 안성수 (Ahn Seong-soo), 前掲論文(注17), 322頁。

韓国における違法収集証拠排除法則

単に令状主義に反するレベルのものではなく、令状主義の精神を没却するような重大な違反であり、違法の程度を極めて高く設定していることに特徴がある。

令状が発付された事案においては、捜査官が令状を詐取したと見られる事情がない限り、重大な違法はないと見做す。しかし、令状が発付されない場合には手続違反の程度(犯罪疑惑の有無およびその程度)、手続違反が行われた状況(緊急性と必要性の有無およびその程度)、手続違反の有意性および頻度、手続違反と当該証拠収集との因果関係の程度(他の合法的手段による収集の可能性)、捜査官の意図(令状主義に関する規定違反の意図の有無)、証拠の重要性、事案の重大さ等が考慮される。

(b) 毒樹の果実

違法収集証拠排除を認める場合、一次証拠と不可分な証拠、一次証拠の複写本や写真、一次証拠収集に関する捜索・押収調書、保管調書、鑑定書等はその証拠能力が排除されるということには学説の一致があるが、派生証拠に対して一定の範囲内に排除効果が及ぶかについては意見の対立がある。基本的には一次証拠と二次証拠の関連性の程度を基準とするものの、一次証拠収集方法の違法性の程度、二次証拠の重要度、捜査官の主観的意図、事案の重大さ等を全体的、総合的に考慮し判断すべきという見解が有力である²¹⁾。

4. ド イ ツ

ドイツ刑事訴訟法には、供述証拠の場合とは異なり、違法に収集された証拠物の使用を禁止する明文の規定はない。刑事訴訟法第136条の(a)のような一般的証拠禁止の規定は、この場合に適用されず、判例は違法な手続によって収集された証拠の場合でも、適法な強制処分によって発見された時には、原則的に証拠として用いることができると判示した²²⁾。ただし、基本権の保護にかかわる市民の利益が刑事訴追の利益より優先する場合、すなわち、人格の不可侵性の核心、人間の尊厳が侵害された場合はこれを使用することができないが、その限界は具体的状況および証拠提出によって侵害された禁止の種類によって判断しなければならない。判例は、特に盗聴に関する規定違反の場合、証拠の使用禁止を認めている。ただし、この場合でも供述に対してのみ適用されるドイツ刑事訴訟法第136条の(a)は、供述に基づかずに発見された証拠方法に対しては直接適用されないため、証拠使用禁止の遠隔効果が問題となるのみであるとする。不法録音な

21) 전주혜 (Jeon Ju-hae), 前掲論文(注12), 395頁。

22) BGHSt. 24, 130; 이재상 (Lee Jae-sang), 前掲書(注3), 542頁。

ど、国家機関の許容できない強制処分によって収集された証拠方法も証拠能力はない²³⁾。

第二章 韓国における違法収集証拠排除法則

1. 刑事訴訟法第308条の2の立法背景

違法収集証拠の証拠能力を認めるか否かに関して、判例は、従来、供述拒否権を告知していない場合の被疑者尋問調書の証拠能力を否定していたが²⁴⁾、令状主義に違反して押収された押収物の証拠能力に関しては「押収物は押収手続が違法だったとしても、物自体の性質・形状に変更をもたらすわけではなく、その形状等に対する証拠価値は変わらないゆえ、証拠能力を有する」とし、その証拠能力を一貫して肯定してきた²⁵⁾。これに対して学説は、憲法第12条1項および3項が規定している適正手続および人権保障の精神を活かすためには、違法収集証拠の証拠能力は否定されるべきであり、自白の証拠能力を否定する趣旨は非供述証拠に対しても維持されなければならないとし、違法収集証拠排除法則を認めている²⁶⁾。

違法収集証拠排除法則の理論的根拠は、違法に収集された証拠は適正手続の保障という観点から証拠能力が否定されるべきであり、これによって司法の廉潔性と裁判の公正性が保たれるところにある。すなわち、真実の発見は適正手続によって行われることが前提となるため、憲法上許されない手続によって収集された証拠に対しては、真実発見のための資格を剥奪するのが当然であり、法を守るべき捜査機関が国民の基本的な人権を侵害して違法に収集された証拠を認めることは、裁判所が違法行為に加担するのと同じ

23) ドイツにおいては、証拠禁止が証拠能力を制限する理論として議論されている。
이완규 (Lee Wan-gyu) 「사개추위안의 위법수집증거 배제원칙에 대한 검토 (司法改革推進委員会案における違法収集証拠排除原則に関する検討)」『비교형사법연구 (比較刑事法研究)』第8巻1号(2006年)601頁参照。

24) 大法院 1992.6.23. 宣告 92 도 682 判決。

25) 大法院 1968.9.17. 宣告 68 도 932 判決；大法院 1987.6.23. 宣告 87 도 705 判決；大法院 1994.2.8. 宣告 93 도 3318 判決参照。

26) 이재상 (Lee Jae-sang), 前掲書(注8), 543頁；배중대 (Bae Jong-dae), 이상돈 (Lee Sang-don), 정승환 (Jeong Seung-whan), 前掲書(注3), 569頁；신양균 (Shin Yang-gyun), 前掲書(注3), 675頁；이영란 (Lee Young-ran), 前掲書(注3), 706頁；정웅석 (Jeong Woong-Seok), 前掲書(注3), 834頁；차용석 (Cha Yong-seok), 최용성 (Choi Yong-seong) 『형사소송법 제3판 (刑事訴訟法第3版)』(21世紀社, 2008年)498頁；임동규 (Lim Dong-gyu) 『형사소송법 제4판 (刑事訴訟法第4版)』(法文社, 2006年)452頁。

結果になるため、司法の廉潔性を害する恐れがある。さらに、この法則は違法捜査を防止・抑制するための最も有効な方法（effective deterrent to illegal police action）であるということが、その政策的根拠となる。つまり、違法捜査の抑制にあたり、違法捜査を行った者に対する刑事上の制裁や民事責任が十分に機能していない以上、違法収集証拠排除法則こそが最も効果的な方法²⁷⁾ であると考えられてきたのである。

このような学説と判例の対立を立法的に解決するため、2007年4月30日、刑事訴訟法が改正され、第308条の2に違法収集証拠の排除を規定した「合法的手続によらずに収集された証拠は証拠とすることができない」という条文が置かれるようになった。

2. 条項の問題点

改正刑事訴訟法第308条の2においては次の二つの問題点を指摘することができる。第一に、表題と内容の不一致である。第308条の2の表題は「違法収集証拠の排除」となっているが、条文の内容は「合法的手続によらずに収集した証拠は証拠とすることができない」と規定しており、表題と条文内容に不一致が見られる。「違法収集証拠」と「合法的手続によらずに収集した証拠」の意味は決して同じではない。前者は証拠の排除という意味で、手続に少しでも違法があれば証拠から排除するということであるため、形式的判断の余地が残されている。しかし、後者は適法手続という抽象性と曖昧性を維持しながら解釈を通じた総合的な比較衡量を図るという意味が含まれている²⁸⁾。従って、比較衡量の基準によってその解釈が決定されるという実質的意味を持つものである。場合によっては、この規定は具体的事案でうまく機能することができないプロパガンダ的条項に転落する恐れがある²⁹⁾。

第二に、第308条の2は明確な基準を提示してないため、有効な条項であるとは言い難い。大法院は、40年間「性質・形状不変論」を主張し続けてきたが、法改正後、法律発効直前の2007年11月15日、全員合議体判決によって従来の主張を変えようとし

27) 이경재 (Lee Gyong-jae), 최정학 (Choi Jeong-hak) 『형사소송법 (刑事訴訟法)』 (韓国放送通信大学出版社, 2009年) 349-350頁。

28) 이완규 (Lee Wan-gyu), 前掲論文(注23), 601頁。

29) 하태영 (Ha Tae-young) 「개정 형사소송법 제 308 조의 2 위법수집증거배제법칙 (改正刑事訴訟法第308条の2の違法収集証拠排除法則)」 한국형사법학회 2007 추계 학술대회 발표문 (韓國刑事法学会秋學術大會發表論文) 2007年, 191頁。하태영 (Ha Tae-young) は、規定の表現も肯定文に変更すべきであり、文章の語順も修正すべきであると指摘している。

た³⁰⁾。この判決は、改正刑事訴訟法第308条の2の解釈に指針を与えたものと評することができる。

この判決の多数意見は「形式的に見た場合、定められた手続によらずに収集されたという事実のみを理由に打ち出して、一括して証拠能力を否定」することには同意できないと述べ、捜査機関の証拠収集過程で形成された手続違反行為とあらゆる関連事情を考慮した結果、捜査機関の手続違反行為が「適法手続の実質的な内容」を侵害するものではなく、むしろ「その証拠の証拠能力の否定が、憲法と刑事訴訟法が刑事訴訟に関する手続条項を規定し、適法手続の原則と実体的真実究明の調和を図り、これを通じて刑事司法の正義を実現しようとした趣旨に反する結果を招く例外的な場合」であれば、その証拠の証拠能力を認めることができると判断した。こうした大法院の態度は、違法に収集された証拠物でも、例外的に証拠能力を認められる場合があるとするなら、形式的な手続違反はあるが、実質的には証拠能力を否定するほどの違法がない場合には、例外的に証拠能力を認められるという趣旨であろう³¹⁾。

違法収集証拠排除法則の存在意義は、適法手続の保障と違法捜査の抑止にある。第308条の2の違法収集証拠排除法則は、供述証拠から非供述証拠に至るまですべての証拠に適用される法則である。「適法手続の実質的な内容」とは、人間としての基本的権利に該当する内容であり、司法府をはじめとする全ての国家機関を拘束するものである。こうした観点から、具体的事案ごとに違法の有無を判断しなければならないとなると、この条項は実務では受け入れ難いプロパガンダ条項にならざるを得ない³²⁾。

30) この条項は2008年1月1日から施行された。

31) 정웅석 (Jeong Woong-seok) 「개정 형사소송법의 평가와 향후과제 (改正刑事訴訟法の評価と今後の課題)」『저스티스 (ジャスティス)』第101号 (2007年) 227-230頁。

32) 김하중 (Kim Ha-jung) 「수사상 강제채혈의 법적문제점과 해결방안 (捜査上強制採血の法的問題点と解決方案)」『법조 (法曹)』第624号 (2008年) 33頁。2006年9月25日、国会法制司法委員会が開催した「望ましい刑事司法手続に関する公聴会」で、이재상 (Lee Jae-sang) は、違法収集証拠排除法則を認めている米国や日本でも法律に明示的に規定していないことを指摘し、この法則はその性質から明文化することが適切ではないとの意見を示したことも、このような脈絡から理解できる。법무부 (法務部), 前掲書(注1), 226頁。

3. 違法収集証拠排除法則の適用範囲

(1) 問題の提起

刑事訴訟法第308条の2に基づく証拠能力が否定される証拠の範囲に関しては、条文そのものからは明確に判断することができない。ただし、大法院 2007.11.15. 宣告 2007 도 3061 判決で示された判断基準は、現行法の下でも依然として有効である。

捜査機関の証拠収集過程で形成された手続違反行為とあらゆる関連事情、すなわち、手続条項の趣旨とその違反の内容および程度、具体的な違反経緯と回避の可能性、手続条項が保護しようとする権利または法益の性質と侵害程度および被告人との関連性、手続違反行為と証拠収集との因果関係等の関連性の程度、捜査機関の認識と意図等を全体的、総合的に考慮し決定すべきであるが、その具体的な例外の認定範囲は、判例と学説の今後の課題として残されている。次はその認定範囲について考察する。

(2) 排除の基準

排除法則の適用範囲は、侵害された利益と違法の程度を考慮し、個別具体的に判断すべきである。一般的には単なる訓示規定の違反だけでは不十分であり、本質的な証拠手続規定に違反した場合、すなわち、重大な違法がある時に限って証拠能力は排除されるべきである。ここで重大な違法とは、適正手続 (due process) の基本理念に反する場合、または正義感に反して文明社会の良心に衝撃を与えるような場合を意味する³³⁾。大法院は「捜査機関の手続違反行為が適法手続³⁴⁾の実質的な内容を侵害するものでは

33) 이재상 (Lee Jae-sang), 前掲書(注8), 545頁。

34) 適法手続の原理は、第一に、単に身体の自由に限定する原理ではなく、すべての公権力作用において守らなければならない基本原理としての価値を有するものである。第二に、手続的正義の実現のための原理としてだけでなく、公権力行使の根拠となる適正な実体法 (due law) の原理にまで発展している。従って、適法手続原理は、司法手続だけでなく、立法手続、行政手続においても適用されるべきである。適法手続原理は、立法、行政、司法のすべての国家作用が手続上の適法性を充たし、公権力行使の根拠となる法律の実体的内容も、合理性と正当性を有しなければならないという憲法上の一般原理である。성낙인 (Seong Nak-in) 「헌법상 적법절차에 관한 연구 (憲法上の適法手続に関する研究)」 이창희 (Lee Chang-hee), 정승화 (Jeong Seung-wha) 『절차적 정의와 법의 지배 (手続的正義と法の支配)』 (博英社, 2003年) 3頁以下参照; 憲法裁判所, 1992.12.24. 선고 (宣告) 92 헌가 8 전원합의체결정 (全員合議体決定)。これは米国連邦最高裁が適正手続との関連で発展させてきた手続的デュー・プロセス (procedural due process) と実体的デュー・プロセス (substantive due process) 概念が韓国においても認められていることを意味す

なく、その証拠能力を否定することが刑事司法正義を実現しようとした趣旨に反する結果を招くと判断される時には、有罪証拠として用いることができる」と判断した。このような意味で、① 令状制度、適正手続を規定している憲法の規定に違反する場合、② 捜査機関の捜査活動が刑罰法規に違反する場合、③ 刑事訴訟法の効力規定に違反して捜索・押収等が無効な場合には、重大な違法に該当するため、収集証拠は排除されるべきであろう。

(3) 違法収集証拠の種類

(a) 憲法精神に反して収集された証拠

① 令状主義の違反

令状主義に違反して収集された証拠物の証拠能力は否定される。従って、① 令状なしに捜索・押収・検証した証拠物だけでなく、② 令状そのものに誤りがある場合、③ 令状記載の押収物件に含まれない、他の証拠物の捜索・押収、④ 逮捕現場において要件を欠く捜索・押収、⑤ 職務質問の際の同意のない所持品検査によって収集された証拠の証拠能力は否定すべである。同様の理由で盗聴と秘密録音の結果物も証拠能力を有しない。令状の発付があっても押収対象物が特定されていない場合は、実質的に令状主義の違反となるため、押収された証拠の証拠能力は否定すべきである。しかし令状の方式または執行方式の単純な違法は証拠能力に影響を与えるものではない。

② 適正手続の違反

夜間捜索・押収禁止規定（刑事訴訟法第125条、第219条）に違反した捜索・押収、当事者の立会権を保障しない検証（第121条、第145条）と鑑定（第176条、第183条）、医者もしくは成年女性が立ち会っていない女性に対する身体検査（第141条3項）の結果も証拠とならない。当事者の立会権と尋問権を侵害した証人尋問（第163条、第161条の2）の結果も証拠能力を有しない。違法なおとり捜査の結果によって収集された証拠も証拠とすることができない。

(b) 刑事訴訟法の効力規定に違反して収集した証拠

証拠調査手続が違法によって無効な場合、これによって収集した証拠は証拠能力を有しない。従って、拒絶権（第110条ないし第112条、第219条）を侵害した捜索・押収、

ゝるとする（김종철 (Kim Jong-cheol) 「적법절차원리와 헌법：미국과의 비교법적 고찰을 중심으로 (適法手続原理と憲法：米国の比較法的考察を中心に)」 공법연구회 (公法研究会編) 『형사법과 헌법이념 (刑事法と憲法理念)』 第1巻 (2006年) 133頁)。

韓国における違法収集証拠排除法則

宣誓のない証人尋問（第156条）、鑑定・通訳・翻訳（第170条、第183条）の結果および証言拒否権を証人に告知していない場合は、証拠能力を有しない。これに対して、証人の召喚手続に誤りがある場合、偽証の罪を警告されずに宣誓した証人の証言は、その証拠能力に影響を及ぼさない³⁵⁾。

(c) 自白排除法則に違反して収集した証拠

自白排除法則において違法排除説を採用しながら、任意性に疑いのある自白を違法収集証拠排除法則の適用範囲に入れて説明する見解³⁶⁾によれば、① 任意性のない自白、② 供述拒否権の不告知による自白、③ 別件勾留を含む違法な身体拘束中の自白、④ 弁護人選任権や接見交通権の侵害による自白は違法収集証拠である。

(d) 被告人尋問の違法

公訴提起後、捜査機関の被告人尋問が許されるのかに関しては、積極説、消極説、折衷説の対立がある。消極説および折衷説は、それに違反して作成された被告人の供述調書は違法収集証拠であり、証拠能力は否定されるとする³⁷⁾。しかし判例は、検察官が作成した被告人の供述調書が公訴提起後に作成されたという事実だけでは証拠能力を否定することはできないとし、積極説を採っている³⁸⁾。

(e) 違法収集証拠に基づいて獲得した証拠

裁判所は、適正手続によらずに収集された証拠に基づいて獲得した二次的証拠（いわゆる「毒樹の果実」）に関しても、同様に有罪の証拠とすることができないという原則を宣言している。ただし、適正手続によらない証拠の収集と二次的証拠収集の間の因果関係の希釈化または断絶の有無を中心に、二次的証拠収集とあらゆる関連事情を総合的に考慮し、例外的な場合には有罪認定の証拠とすることができると判断した³⁹⁾。

35) 이재상 (Lee Jae-sang), 前掲書(注8), 546-547頁。

36) 강구진 (Kang Gu-jin) 『형사소송법원론 (刑事訴訟法原論)』 (학연사, 1982年) 508頁。

37) 사법연수원 (司法研修院) 『형사증거법 및 사실 인정론 (刑事証拠法と事実認定論)』 (2009年) 57頁。

38) 大法院 1982.6.8. 宣告 82 도 754 判決; 1984.9.25. 宣告 84 도 1646 判決。

39) 大法院 2007.11.15. 宣告 2007 도 3061 전원합의체판결 (全員合議体判決)。二次的証拠に対する違法収集証拠排除法則について詳しくは, 이완규 (Lee Wan-gyu) 「개정 형사소송법의 쟁점과 방향 (改正刑事訴訟法の争点と方向)」 『저스티스 (ジャスティス)』 第100号 (2007年) 135頁参照。

(4) 違法収集証拠法則の適用が排除される類型

2007 ㉔ 3061 判決で大法院は、憲法と刑事訴訟法が定める手続に違反して収集された証拠およびこれに基づいて獲得された二次的証拠に関して、原則的に有罪認定の証拠とすることができないと判示している。

ただし、このような場合でも、① 捜査機関の証拠収集過程で形成された手続違反行為とあらゆる関連事情を全体的・総合的に考慮した結果、捜査機関の手続違反行為が適法手続の実質的な内容を侵害するに至らない場合、② 適法手続の原則と実体的真実究明との比較衡量を通じて、その証拠の証拠能力を否定することが刑事司法正義を実現しようとした憲法と刑事訴訟法の趣旨に反する結果を招くと判断される場合には、例外的にその証拠を有罪認定の証拠として使うことができると判示することで、違法収集証拠排除法則の適用範囲に関する基準を示している。また、違法収集証拠に基づいて獲得した二次的証拠に関しても、毒樹の果実論を原則的に認めながらも、二次的証拠収集とあらゆる関連事情を全体的・総合的に考慮して、因果関係の希釈化または断絶が認められる場合には、例外的に証拠能力を認めるとし、米国の希釈法理を取り入れている⁴⁰⁾。

このような判例の趣旨から、排除法則が適用されない場合は、① 違法ないし有害性が軽微な場合、② 違法状況に被告人との関連性が否定される場合、③ 捜査機関の意図していない違法の場合、等に類型化することができる。

(a) 違法ないし有害性が軽微な場合

違法ないし有害性が軽微な場合、排除法則は適用すべきではない。例えば、被疑者の取調べ中に「嘘をつけば、損をする」と話したり、いわゆる「デコピン」をした場合、夜中1時まで取調べをした場合等は、行われた違法自体が軽微なものであり、適用が排除されるとしなければならない。また、偽証の罪を警告していない場合、証人の召喚手続に誤りがある場合のように、手続の違法が重大なものではない場合には、その違法は証拠能力に影響を及ぼさない。関連する事例として、警察官が診療目的で既に採血されていた被告人の血液の一部を飲酒運転の鑑定目的で看護師から任意に提出させて押収した場合、その証拠能力を認めるという判例⁴¹⁾がある。交通事故を引き起こして意識不明の状態になり、本人の同意を得られない場合、強制的に採血できない状況を迂回的に克服したという点では問題があるが⁴²⁾、違法に収集された証拠物の場合でも信頼性と

40) 전주혜 (Jeon Ju-hea), 前掲論文(注12), 400頁。

41) 大法院 1999.9.3. 宣告 98 ㉔ 968 判決。

42) 多くの学者が、警察官の押収手続は違法な状態であると指摘した。代表的研究➤

韓国における違法収集証拠排除法則

信憑性があれば証拠能力を認めるということ、そして看護師が採血して保管した血液の一部を警察に提出したことの違法は軽微な程度のものであることから、排除法則の適用を制限した事例である⁴³⁾。

(b) 違法の状況と被告人との関連性が否定される場合

先述したとおり、① 被告人の権利侵害がない場合、② 被告人が放棄した物の場合等が考えられる。捜査機関が意図していない違法の場合は、善意の例外で検討した通り、捜査機関が職務遂行において適法であることに対する合理的信頼を持って証拠を収集した場合等が考えられる。

第三章 違法収集排除法則に関する判例の動向

1. 大法院 2009. 3. 12. 宣告 2008 ㉟ 768 判決

(1) 判決要旨

- (a) 憲法と刑事訴訟法が具現しようとする適法手続と令状主義の精神に照らしてみれば、裁判官が搜索・押収令状を発付し、「押収物」を特定するために記載した文言は厳格に解釈すべきであり、被押収者に不利な内容に拡大または類推解釈してはならない。従って、搜索・押収令状で押収物について「押収場所に保管中の物」と記載されている場合、それを「押収場所に現存する物」と解釈することはできない。
- (b) 搜索・押収令状は、被処分者に必ず呈示すべきであり、現場で搜索・押収を受ける者が複数である場合には、その全ての者に対して個別に令状を呈示するのが原則である。捜査機関が搜索・押収に着手し、その場所の管理責任者に令状を呈示した場合でも、第三者が所有している物を押収する時は、その所有者に対して別途に令状を呈示しなければならない。
- (c) 公務員である捜査機関は押収物の目録を作成し被押収者に交付しなければならない。この目録には作成日時を記載し、その内容は事実に合致するものでなければなら

㉟として, 박강우 (Park Gang-woo) 「무영장, 무동의 채혈의 적법성에 관한 각국 판례의 동향 (無令状, 無同意の採血の適法性に関する各国判例の動向)」『형사정책연구 (刑事政策研究)』第16卷4号 (2005年) 137頁; 한영두 (Han Young-doo) 「음주 측정을 위한 동의 없는 채혈과 혈액의 압수 (飲酒測定のための同意のない採血と血液の押収)」『형사정책연구 (刑事政策研究)』第9卷 (2001年) 353-376頁参照。

43) 김태은 (Kim Tae-eun) 「위법수집증거 배제법칙의 적용범위에 대한 연구 (違法収集証拠排除法則の適用範囲に関する研究)」경북대학교 박사학위 청구논문 (慶北大学博士学位請求論文) 2008年, 110頁。

らない。押収物目録は被押収者が押収物に対する還付・仮還付を申し立てたり、押収処分に対する準抗告をする等、権利行使手続を踏むための最も基礎的資料となるため、このような権利行使に支障がないように押収直後、現場で直ちに作成して交付するのが原則である。

- (d) 憲法と刑事訴訟法が定める手続に違反して収集された証拠は基本的人権保障のための合法的手続によるものではないため、原則的に有罪の証拠とすることができない。ただし、捜査機関の証拠収集過程で形成された手続違反行為とあらゆる関連事情を全体的・総合的に考慮する際、捜査機関の手続違反行為が適法手続の実質的な内容を侵害する場合に当てはまらず、むしろその証拠の証拠能力を排除することが、憲法と刑事訴訟法が刑事訴訟に関する手続条項を置くことで適法手続の原則と実体的真実究明の調和を図り、これを通じて刑事司法の正義を実現しようとした趣旨に反する結果を招くものとして評価されるような例外的場合であれば、裁判所はその証拠を有罪認定の証拠として使うことができる。そのような例外に該当すると見做すほどの具体的かつ特別な事情が存在することの立証責任は検察官が負う。

(2) 評 価

この判決は2007.11.15. 宣告2007 ㊦ 3061 判決の後続判決である。光州高等裁判所に破棄移送されたこの事案に対して上告が提起され、大法院が判断を下したものである。検察官が捜索・押収令状の発付を受けて、押収場所を捜索していたところ、その場所には保管されていないが第三者が放棄するために持ち込んだ物（書類）を押収した事実から、当該書類が「押収物」の範囲には入らず、令状の呈示がなかったという違法、さらに押収物目録交付義務の不履行等の違法があるため、当該押収物は違法収集証拠となり、その証拠能力は認められないとした判決である。また、その違法が適法手続の実質的内容に対する侵害ではなく、証拠能力排除が刑事司法正義に反すると判断される場合、証拠能力は認められるが、その例外的事情に対する立証責任は検察官にあると判示している。これは、証拠物に対する性質・形状不変論を放棄した事案であるが、証明力のある書類に対して押収場所で適正に発付された捜索・押収令状を呈示した後、押収したという事実から、憲法精神に反して収集された証拠と断定することは難しい。

その書類の所在を捜査機関が予め把握することは困難であったという事情から、押収場所に第三者が持ち込んで放棄しようとした書類を押収したことは、違法ないし有害性が軽微な場合に当てはまると思われる。

2. 大法院 2009. 3. 12. 宣告 2008 ㉮ 11437 判決

(1) 判決要旨

(a) 刑事訴訟法第308条の2は「合法的手続によらずに収集した証拠は証拠とすることができない」と規定しているため、原則的に捜査機関が憲法および刑事訴訟法が定める手続によらずに収集した証拠はもちろん、これに基づいて獲得した二次的証拠も有罪認定の証拠にしてはならない。ただし、捜査機関の手続違反行為が適法手続の実質的な内容を侵害する場合に当てはまらず、むしろその証拠能力を排除することが、憲法および刑事訴訟法が刑事訴訟に関する手続条項を規定し適法手続の原則と実体的真実究明の調和を図ることで、刑事司法の正義を実現しようとする趣旨に反する結果を招くと判断されるような例外的場合には、裁判所はその証拠を有罪認定の証拠として採用することができる。従って、裁判所が二次的証拠の証拠能力認定を最終的に判断する時には、まず、合法な手続によらない一次的証拠収集とあらゆる関連事情、すなわち手続条項の趣旨とその違反の内容および程度、具体的な違反経緯と回避の可能性、手続条項が保護しようとする権利または法益の性質と侵害程度および被告人との関連性、手続違反行為と証拠収集の間の因果関係等の関連性の程度、捜査機関の認識と意図等を考慮すべきである。さらに一次的証拠に基づいて、もしくは二次的証拠を収集する過程で追加的に発生したあらゆる状況を、具体的な事案によって、主に因果関係の希釈または断絶の有無を中心に、全体的かつ総合的に考慮しなければならない。

(b) 具体的な事案で二次的証拠の証拠能力は、諸事情を全体的・総合的に考慮して、判断しなければならない。例えば、供述拒否権を告知していない事実が被疑者の自白を引き出すための意図的で技術的な証拠確保の方法として利用されていたわけではなく、捜査機関の単なるミスであり、それ以後の尋問では供述拒否権が告知されて誤りが是正される等、捜査手続が適正に進行されたという事実、そして、当初の自白以後、拘禁された被告人が釈放されたか、弁護人の十分な助力がある中で相当な時間の経過があったにもかかわらず、再び自発的に同じ内容を自白したという事実、最初の自白の他に、独立した第三者の行為や資料等の物的証拠、証人の証言等が二次的証拠収集の基礎となったという事実、証人が独立的な判断に基づき刑事訴訟法が定める手続により召喚を受けて任意出頭し証言したという事実等は、通常、二次的証拠の証拠能力が認められる状況である。

(2) 評 価

被告人は、通報を受けて出動した司法警察官によって合法的に逮捕された。被告人の余罪を疑った司法警察官が、被告人の住居へ向かう車の中で供述拒否権を告知せずに被告人に対して「過去の別の犯行があれば、警察官が調べる前に先に話したほうが身のためになる」と話し、被害者に関する供述を獲得した。このような被告人の供述に基づき、被告人の住居で被害者所有の手提げ鞆を任意に提出してもらい、司法警察官がこれを押収した。この押収物に対しては事後に捜索・押収令状が発付された。その後、被告人は供述拒否権を告知された時、強取を自白した。公判でも公訴事実を認めたが、強圧的ではなかったとし、被害者が証人として法廷に出席し、公訴事実の内容を証言した事例である。押収物の手提げ鞆は二次的証拠であり、毒樹の果実であるが、善意の例外（供述拒否権の不告知が捜査機関の単なるミスであること）、希釈理論（供述拒否権が告知されてからも自白した事実、公判でも自白を繰り返したこと）、不可避的発見の例外（他の独立した第三者の行為や資料も二次証拠収集の基礎となり、証人が独立した判断によって出席証言したという事情）等を考慮して証拠能力を認めている。これには、因果関係の希釈化または断絶の有無を中心に考慮しなければならないという表現が示されており、希釈理論を採用しているように思われる。

裁判所の結論については同意するが、そのような結論に至った根拠は、捜査機関が犯行の手口から他の犯行の可能性があると判断し、適法な逮捕の後に被告人の住居に対する適法な捜索・押収過程を通じて手提げ鞆を発見し、そこから被害者の人的事項を特定し被害者を証人として採用したという事情（不可避的発見の例外に基づく）によるものと見られる⁴⁴⁾。大法院は被告人の立場（違法な捜査であることは認識しているが、既に証拠物まで確保された状況であり、量刑に不利益にならないために自暴自棄になって自白した状況）を看過している上に、前述の判例とは違って捜査機関の誤りに対して安易に許している等の問題がある。

44) 「この判決で警察官の供述拒否権の不告知は故意によるものであり、毒樹の果実原理の例外として不可避的発見の例外、善意の例外、任意的供述による証拠物の獲得の例外等が適用される状況でもない」として、これに反対する見解もあるが（조국 (Cho, Guk) 「독수의 과실의 법리 (毒樹の果実の法理)」 『법률신문 (法律新聞)』 2009年5月25日), これには同意できない。

3. 大法院 2009. 4. 23. 宣告 2009 ㉔ 526 判決

(1) 判決要旨

- (a) 捜査機関が憲法第12条3項, 刑事訴訟法第85条1項および第209条に違反して, 事前に勾留令状を呈示せずに勾留令状を執行し, その勾留中に収集した二次的証拠である勾留被告人の供述証拠が有罪認定の証拠となるか否かは, 違法収集証拠排除の法則によって判断されるべきであり, 刑事訴訟法第81条3項および第209条により, 検察官の指揮下で刑務官吏が勾留令状を執行する場合も同様である。
- (b) 事前に勾留令状を呈示せずに勾留令状を執行し, その勾留中に収集された被告人の供述証拠の中で被告人の第一審公判の供述は, 被告人が勾留執行手続の違法性を主張し請求した勾留に対する不服申立手続の尋問当時, 勾留令状を呈示された事実があり, それ以後は勾留令状に記載されていた犯罪事実に関して熟知していたと判断される。勾留後, 原審に至るまで勾留に対する不服申立手続と保釈請求を通じて勾留執行手続の違法性のみを争い, その勾留中に形成された供述証拠の任意性や信憑性に対しては全く争うことはなかった。また, 弁護人との十分な相談を経た後, 公訴事実の全部について自白したのであれば, 有罪認定の証拠とすることができよう。

(2) 評 価

事前に令状を呈示せずに勾留令状を執行した後, 勾留された被告人が自白した場合, その自白も二次証拠, すなわち, 毒樹の果実であり, 証拠能力は否定されねばならないが, 本件の場合, 勾留に対する不服申立手続を通じて勾留令状の記載内容を熟知した被告人が自白の任意性, 信憑性に対して争うことなく, 弁護人と相談して自白した事実が認められるのであれば, これは証拠能力を有する例外事由と見做すことができる。捜査機関が違法な勾留を執行したとしても, 被告人が自発的に(弁護人との相談を経て)自白したため, 汚染が希釈化した(希釈理論)と説明することができる。これに対しては, 勾留執行過程で令状を呈示しなかったという事実の社会的害悪が大きいとすることはできないとし, 違法収集証拠排除法則の適用を排除する意見もある。また, 無害の誤りの法理(Harmless Error Principle)による例外として理解することもできる。この例外論は, 審理上, 実質的に被告人に不利にならない証拠は, それが違法に収集されたとしても証拠能力は排除されないという原則である。

4. 大法院 2008.10.23. 宣告 2008 ㉔ 7471 判決

被害者の通報で現場に出動した警察官が、被害者が犯人と共に酒を飲んでいたテーブルの上に置かれていたビールジョッキ（指紋6点）、グラス（指紋8点）、ビール瓶（指紋2点）に付着していた指紋を現場で直接採取した。犯行現場で指紋採取対象物に対して指紋採取が既に行われた以上、捜査機関が指紋採取対象物を合法的手続によらずに押収したとしても（この事例における指紋採取対象物のビールジョッキ、グラス、ビール瓶等は、被害者経営の居酒屋にあった被害者の所有物であり、これを回収した行為が被害者の意思に反するとは判断できないゆえ、これをもって違法な押収と見做すことはできない）、このように採取された指紋は、違法に押収した指紋採取対象物から獲得した二次的証拠に該当しないことが明らかであり、違法収集証拠ではないと判示している。

犯行中、または犯行直後の犯罪場所で緊急を要する令状発付を受けることができない場合、令状なしに捜索・押収・検証することができるが、事後に遅滞なく令状を発付してもらい必要がある（刑事訴訟法第216条3項）。従って、指紋採取は違法収集証拠ではないとする裁判所の判断は、妥当な結論であると思われる。

5. 清州地方裁判所 2009.6.25. 宣告 2009 ㉔ 132 判決

(1) 判決要旨

- (a) 刑事訴訟法は任意捜査の原則および強制捜査法定主義に基づき、捜査上の強制処分は刑事訴訟法に特別規定がある場合に限り、裁判官が発付した令状によってのみ行使することができる。被疑者に対しては捜査段階で逮捕・勾留のように身体的自由を制限する強制捜査が刑事訴訟法に基づいて部分的に許されているが、刑事訴訟法上、参考人の場合には捜査機関が捜査段階で身柄を強制的に確保できる強制勾留のような手段は存在しない。このような刑事訴訟法の趣旨から、捜査の協力者に過ぎない参考人に対する捜査においては、嫌疑がかけられている被疑者の場合と違って、任意性や自発性の要件がより一層厳格に求められ、違法捜査抑制のために違法収集証拠排除法則を適用する必要性はより一層高くなる。従って、参考人に対する事実上の強制連行も被疑者に対する強制連行と同様、違法捜査となり、それによって収集された証拠は第308条の2に基づき、その証拠能力が否定される。
- (b) 違法な押収手続による押収物のような非供述証拠の場合には、捜査機関の手続違反行為が適法手続の実質的な内容を侵害する場合に当てはまらず、むしろその証拠能力を否定することが、憲法および刑事訴訟法が刑事訴訟に関する手続条項を規定

韓国における違法収集証拠排除法則

し適法手続の原則と実体的真実究明の調和を図ることで、刑事司法の正義を実現しようとする趣旨に反する結果を招くと判断されるような例外的場合には、裁判所はその証拠を有罪認定の証拠として採用することができる。しかし違法捜査によって収集された供述証拠の場合にはこのような違法収集証拠の例外的許容基準が適用されず、その証拠能力は認められない。もし、このような例外的許容基準が適用されるとしても、参考人に対する事実上の強制連行は、その違法の程度が決して軽微なものではなく、実体的真実究明との利益衡量によっても、このような例外的許容基準が適用される場合には当てはまらない。

(2) 評 価

参考人を違法に同行させて供述させた場合、その違法捜査による供述証拠は違法の程度が高く、証拠能力が否定されることは当然である。ただし、非供述証拠は違法収集証拠の例外的許容基準が適用されるが、違法捜査によって収集された供述証拠の場合には、そのような例外的許容基準が適用されないという裁判所の主張に賛同することはできない。2009 ㉔ 526 判決に見られるように、違法捜査によって収集された供述証拠も例外的許容基準が適用され得るためである。

6. 大邱地方裁判所 2009.9.22. 宣告 2009 ㉔ 2039 判決

被告人は、事故直後に無意識状態になり、手や足を動かさない状態で病院に搬送された事実が認められる。このような場合、捜査機関が強制処分である強制採血をするためには、刑事訴訟法第215条に基づいて、搬送された病院に対して搜索・押収令状を呈示する必要がある。捜査機関が事前、もしくは事後において令状を請求し発付してもらった事実を認められるような証拠は存在しておらず、強制採血によって得た血液の鑑定書は、合法的手続によって収集された証拠ではなく、刑事訴訟法第308条の2により証拠として使うことはできない。鑑定書は違法収集証拠の二次的証拠であるため証拠能力が否定されるべきであり、例外的許容基準に対する如何なる理論もこれに当てはまるものではないため、妥当な結論であろう。

7. 大法院 2009.12.24. 宣告 2009 ㉔ 11401 判決

(1) 判決要旨

憲法と刑事訴訟法が定める手続によらずに収集した証拠はもちろん、それに基づいて

獲得した二次証拠は基本的人権保障の適法手続によるものではないため、原則的に有罪認定の証拠とすることができない。ただし、適法手続によらずに行われた証拠収集と二次証拠の間の因果関係の希釈、または断絶を中心に、二次証拠収集と関連したあらゆる状況を全体的・総合的に考慮し、例外的な場合には、有罪認定の証拠とすることができる。刑事訴訟法によると、司法警察官は被疑者の逮捕にあたり、必要な場合には令状なしに逮捕現場で搜索・押収することができ、押収物を継続して押収する必要がある場合には、遅滞なく搜索・押収令状を請求すべきであり、請求した搜索・押収令状が発付されなかった場合には、押収物を直ちに返還しなければならない。これに違反して、搜索・押収令状の発付がなかった場合、直ちに返還されなかった押収物を有罪認定の証拠とすることはできない。

(2) 評 価

この判決は憲法と刑事訴訟法が定める手続に違反して収集された押収物およびこれに基づいて獲得された二次証拠は証拠とならないことを再確認するものである。この判決は、緊急逮捕時に令状主義に違反して収集された証拠に対して証拠能力を否定しているところ、典型的な違法収集証拠の一類型として見なければならない。被告人や弁護人がこれを証拠とすることに同意したとしても、これを証拠とすることはできない。

8. 大法院 2010.1.28. 宣告 2009 ㉔ 10092 判決

(1) 判決要旨

- (a) 刑事訴訟法第217条により、司法警察官が所有者、所持者または保管者ではない者から令状なしに物を押収した場合、その押収物および押収物を撮った写真は、これを有罪の証拠として使うことができない。令状主義の重要性に照らしてみると、被告人や弁護人がこれを証拠とすることに同意した場合でも、証拠とすることはできない。
- (b) 警察官が被告人所有の鉄パイプを被告人の住居の庭で発見したが、所有者、所持者または保管者ではない被害者の任意提出の形で鉄パイプを押収した。証拠目録上、被告人が鉄パイプを撮った写真を証拠にすることに同意したことになるが、押収物と写真は刑事訴訟法上の令状主義原則に違反して収集された物、そして、それに基づいて得られた証拠であり、その違法は適法手続の実質的な内容を侵害する程度に該当する。従って、被告人が証拠とすることに同意しているにもかかわらず、

韓国における違法収集証拠排除法則

この写真は犯罪事実の有罪を認定する証拠として使うことができない。

(2) 評 価

司法警察官の押収に違法があったため、押収物およびこれに基づいた二次証拠である写真の証拠能力が否定されることは理解できる。この判決は違法収集証拠に対する被告人の証拠同意にもかかわらず、証拠とすることはできないという原則を明らかにしたことに意義がある。証拠の違法が同意によって治癒できるのかについては、肯定説⁴⁵⁾(証拠能力を争わないという意思表示が同意である)、否定説⁴⁶⁾(証拠同意は反対尋問権の放棄と見做されるため、違法収集証拠は証拠同意の客体にならない)、折衷説⁴⁷⁾(令状主義の違反等、本質的違法には同意できないが、供述拒否権の不告知、証言拒否権の不告知等、本質的違法でなければ、同意で証拠能力を付与することができる)等で対立していたが、大法院は否定説を採用していると思われる。

むすびにかえて

刑事手続の究極的な目標は実体的真実の発見である。実体的真実主義は、法に基づく適正手続(due process of law)が保障される中で追求される、訴訟法に内在する下位目的の一つであり、刑罰権の実現過程で被疑者および被告人の権利・利益と国家による制約の必要性が衝突する場合には、被疑者および被告人の権利・利益に優越性を認めなければならないとする意見がある⁴⁸⁾。しかし改正刑事訴訟法は被害者の権利・利益についても手厚い保護を与えることをその理念としており、実体的真実発見による被害者の権利保護も刑事手続の指導理念として機能させるべきである。

このような観点から違法収集証拠排除法則を捉えると、裁判所が証拠物に対する性質・形状の不変論を40年間維持してきた理由を理解することができる。立法者は違法収集証拠の排除という時代的要請を認知し、価値判断の産物として刑事訴訟法第308条の

45) 이재상 (Lee Jae-sang), 前掲書(注3), 687頁。

46) 이재상 (Lee Jae-sang), 前掲書(注3), 550頁; 조국 (Cho Guk), 前掲論文(注44), 481-483頁; 배종대 (Bae Jong-dae), 이상돈 (Lee Sang-don), 정승환 (Jeong Seung-whan), 前掲書(注3), 577頁。

47) 정웅석 (Jeong Woong-seok), 前掲書(注3), 797頁。

48) 차용석 (Cha Yong-seok) 「형사소송에 있어서의 Due Process 의 구현 (刑事訴訟におけるデュー・プロセスの具現)」『형사정책연구 (刑事政策研究)』第18卷3号(2007年) 585頁。

2を規定するようになった。この条項の新設にもかかわらず、証拠能力が否定される違法証拠の範囲に対しては明確な基準がないため、結局のところ、判例の集積を通じて違法収集証拠排除法則の適用範囲を決定しなければならない。

これまで判例が示した基準は、次のように要約することができる。憲法と刑事訴訟法が定める手続に違反して収集された証拠およびこれに基づいて獲得された二次的証拠は原則的に証拠能力を有しない。ただし、手続違反行為が適法手続の実質的内容を侵害するものではなく、証拠能力の否定が刑事司法正義の実現に反すると判断される場合には、例外的に証拠能力を認めることができる。二次証拠収集過程を総合的に考慮した結果、因果関係が希釈化していると判断される場合、証拠能力は認められる。また、このような例外的事情の立証責任は検察官が負う。適法手続の実質的内容の侵害になるか否かは、手続条項の趣旨、違反の内容および程度、違反経緯と回避の可能性、保護法益の性質と侵害程度、被告人との関連性、手続違反行為と証拠収集との因果関係、捜査機関の認識と意図等を基準とし、全体的かつ総合的に判断しなければならない。

令状主義または適正手続に対する違反のように、憲法精神に反して収集された証拠、刑事訴訟法の効力規定に違反して収集された証拠は、証拠能力を否定すべきであるが、違法ないし有害性が軽微な場合、もしくは違法と被告人との関連性が否定される場合、捜査機関が意図しない違法等の場合には、それが法律に違反したとしても違法収集証拠排除法則の例外ないし毒樹の果実論の例外に当てはまるため、証拠能力は認められるべきである。

違法収集証拠排除法則が形成された米国においても、この法則が違法捜査を抑止するための手段に過ぎないと見做され、違法収集証拠排除法則自体に対する批判が提起されている。批判の核心は、この法則が司法の廉潔性の確保という目的からはその機能が制限的であること、違法収集証拠排除法則によって、信用度の高い証拠を失うことになり、それを補充するためにはコストがかかること、一般の支持 (public support) を失っていること等が指摘されている。刑事訴訟が実体的真実発見を通じた被害者の権利保護を充分に実現できるよう、違法収集証拠排除法則の合理的運用が求められる。

〈訳者あとがき〉

2008年、韓国大法院は、司法府設立六〇周年を記念して「時の判決」を選定した。大法院が選定した十二の判決には、時代の変化とともに変貌を遂げた韓国社会の姿が映し出されている。1988年、女性労働者に対する定年延長の差別を無効とした判決から、成

韓国における違法収集証拠排除法則

功したクーデターであっても、民主主義の秩序に違反する場合には刑事処罰の対象となるとした全斗煥・盧泰愚元大統領の内乱罪の嫌疑を認めた判決（2007年）、韓国最大の音楽サービスサイト「ソリバダ」の著作隣接権侵害を認めた判決（2007年）に至まで、韓国社会の変化姿を垣間見ることができる。

金宰中副教授（以下、筆者という）が本論文で紹介した「済州道知事事務所捜索・押収事件（大法院 2007.11.15. 宣告 2007도3061）」は、この十二の判決の中でもひと際注目を浴びた判決であり、今世紀の刑事訴訟法の最も重要な判決と評されている。これは、刑事訴訟法の改正を直前にして違法収集証拠排除法則の適用をめぐる、刑事事件としては異例の公開弁論まで開かれた事例である。弁護側は、2006年6月27日、済州道庁から押収された知事の「業務日誌」が令状に特定されておらず、令状提示と捜索の理由告知および押収目録作成の手續に不備があった点を理由に、毒樹の果実論を主張した。これに対して、検察側は、「検察の捜索・押収に問題があるとしても、押収した証拠によれば、公務員を動員して選挙運動を行った事実は明確であり、改正刑事訴訟法の関連当該規定は人権関連の事件に限定される」との見解を示していた。

一審と二審では捜索・押収の過程に違法があった事実は認められたが、被告人は知事当選が無効となる罰金600万ウォンの刑に処すると宣告されたため、大法院の判断には注目が集まった。大法院は「違法に収集された証拠は基本的人権保障のための適法手續に従っておらず、原則的に有罪認定の証拠とすることができない」とした。さらに、「既存の判例を変更し、違法に収集された押収物の証拠能力は否定されるという原則の宣言」であるとの判決の意義を示した。従来、大法院は、違法に収集した証拠の証拠能力は否定してきたが、押収物などの非供述証拠については、収集過程に違法が存在しても、形状・内容に変化がなければ、証拠能力が認められるとしてきた。この判決は、このような従来立場を覆す大きな転換であった。これをもって、大法院は、1968年9月17日から2006年7月27日まで一貫していた違法に収集した非供述証拠の証拠能力を認めた六つの判例を変更することを明らかにしたのである。このような判例変更と違法収集証拠排除法則が全面的に導入されたことで、改正刑事訴訟法に大きな期待が寄せられた。曹國（Cho Guk）ソウル大学教授は、これを韓国における刑事手續の民主化のための「革命」と称する。

本論文は、2011年2月18日開催法学研究所第44回シンポジウム「変動する刑事法——日韓刑事訴訟法動向比較」の報告原稿に加筆修正したものである。筆者は、違法収集証拠排除法則が明示的に規定されるようになった改正刑事訴訟法第308条の2に立法背景

および条項の問題点について指摘したうえで、違法収集証拠排除法則の適用範囲に関して判例を分析している。筆者は、違法収集証拠法則の適用が排除されるべき違法の程度との関連で、収集過程に軽微な違法があった場合にも一律に証拠排除されると考えるべきではないとする。つまり、基本的には、デュー・プロセスの保障と違法捜査の抑制という、違法収集証拠排除法則の意義に基づき、個別具体的に判断するほかはないとの立場である。

今般のシンポジウムは、韓国における刑事訴訟法の改正状況と今後の課題を示す内容となった。シンポジウムでは、日本と韓国の多数の研究者が参加し、様々な論点について活発な議論が行われた。違法収集証拠の証拠能力が排除される場合のうち、違法が重大な場合であっても捜査機関がこれを意図していない場合、排除法則が適用されるか否かについて議論があった。これに関しては、特に1980年代まで、捜査機関が令状発布の必要性について誤った判断をする事例が多発し問題となるなど、捜査機関の資質が問われるような時代もあったが、刑事訴訟法の改正により、令状の発布がない場合には、証拠能力が否定されるとの回答があった。これについて、韓国清州大学趙炳宣教授からは、韓国の民主化の歴史がその背景として深くかかわっているとのコメントが成された。

また、実体的真実発見とデュー・プロセスの相互関連性および韓国刑事訴訟法における位置づけに関する議論の現状についての質問があった。筆者は、いずれも刑事訴訟法の目標として重大性を有するものであり、近年、韓国における刑事訴訟法の改正および議論の中心が被告人の権利保護を強調する傾向で行われてきていることを説明した。

趙炳宣教授からは、韓国刑事訴訟法は次のような理由から単線的に説明することが容易ではないとの指摘があった。韓国の刑事訴訟法は、ドイツ、日本などの影響のみならず、英米法的要素も混在しており、韓国の民主化の影響は刑事訴訟法において重大な意味を持つ。独裁政権期には、被告人の人権が侵害されるような状況がしばしばあったが、韓国社会が民主化を成し遂げたことで、1980年代以降、刑事訴訟法にも大きな変化が訪れることになる。1994年法改正では80箇条が改正され、2007年改正は169箇条が改正されるなど、韓国社会の民主化以降、刑事訴訟法の全面的改正において、特に強く意識されたのは被告人の人権保護であった。

最近、判決の偏った傾向、検察官の公訴権をめぐる司法改革が再び韓国社会の焦点となっている。シンポジウム開催当時、司法協力者に対する訴追の免除などの司法取引(plea bargain)の導入(刑事訴訟法改正案第247条の2第1項～3項)、参考人供述の重要性が認められる場合の出席義務制度(改正案第221条2項～5項)、映像録画物の証拠

韓国における違法収集証拠排除法則

能力の肯定（改正案第317条7項，第318条の2），被害者参加制度の導入（改正案第294条の5～第294条の9）などを主な内容とする刑事訴訟法改正案が韓国国会で審議中であつたが，2月19日，この改正案は否決された。しかし，6月30日，検察と警察の捜査権の調整に関する新たな刑事訴訟法改正案が国会を通過した。今回の改正案は，国会法制司法委員会の司法改革特別委員会で決議されたものであり，検事の捜査指揮に関して，法務部令ではなく大統領令がこれを定めるという内容となっている。今日，韓国社会が目指している司法改革は，法曹のみならず，国民が主導する司法文化の形成であると言える。シンポジウムにおける議論の内容は，めまぐるしく変化する韓国刑事司法の現状を理解するために有意義なものとなったに違いない。最後に，この原稿の翻訳にあたり，御教示をいただいた山名京子先生に御礼申し上げる次第である。