

(判例評釈) 外国の捜査官憲が裁判所発付の令状に基づいて実施した電話の傍受により得られた被告人と共犯者との通話の録音テープ等につき、我が国の憲法及び刑訴法の精神に照らして、事実認定の証拠として許容できない事情は窺われないとされた事例
(大阪高判平成8年7月16日判時1585号157頁(確定))

小川佳樹

1 事実

被告人は、Aと共謀して営利の目的でヘロインを本邦からオーストラリアに輸出することを計画し、Aに対し、オーストラリアに行って被告人の共犯者であるBらに会い、用件を処理するよう依頼した。一方、オーストラリア連邦警察は、平成3年8月ごろからBに関する麻薬密輸入事件について捜査しており、Bの使用する電話について連邦裁判所裁判官が発付する「電話検証許可状」(有効期間同年8月16日から30日間)を取得した上で、同年8月16日から9月6日までの22日間、オーストラリアの電話通信会社の職員に、被告人とBとの15回の通話を傍受、録音させた(①)。この電話傍受により得た情報などから、オーストラリア連邦警察は、さらに、連邦裁判所裁判官が発付する「オーストラリア国内におけるBの会話を聴取・録音することを許可した令状」を取得した上で、同年8月30日、メルボルン市内のホテルの一室にビデオカメラを設置し、隣室に待機した連邦捜査官が午後7時22分から同33分までの間、AとBの会話状況、ヘロイン及びその代金の授受を撮影、録音した(②)(なお、その直後、A・Bは連邦捜査官に相次いで逮捕されている)。

第一審の大阪地裁が有罪を言渡したのに対し、被告人は次のように主張するなどして控訴を申立てた。すなわち、①の電話傍受テープ(及びその反訳、翻訳文)について、被告人のプライバシーを侵害して得られた違法収集証拠であり、②のビデオテープ(及びその反訳、翻訳文)について、同じく違法収集証拠であって、それぞれ証拠能力を否定すべきである。

(なお、A は逮捕後取調べを受け、連邦捜査官に対する平成 3 年 8 月 31 日及び同年 9 月 11 日の各供述につきテープ録音がなされた (③)。さらにその後、翌平成 4 年 2 月 12 日付及び同年 5 月 12 日付の連邦捜査官に対する A の供述調書、同年 5 月 13 日付の同じく連邦捜査官に対する B の供述調書が作成され (④)、翌平成 5 年 5 月 20 日には、A 及び B の囑託尋問が行われ、供述録音テープが作成された (⑤)。本件では、これら①～⑤の証拠についてその証拠能力が争われているが、それぞれ争点も異なることもあり、紙幅の都合上、本評釈では①及び②のみをとりあげることとする。)

2 判 旨

控訴棄却。

(①の電話傍受テープ (及びその反訳、翻訳文) について) 「右傍受テープは、原審公判廷において証拠物として異議なく取り調べられ、反訳及び翻訳文も、弁護人の同意のもとに供述証拠として取り調べられている上、他人間の電話傍受は、通信の秘密の保障あるいはプライバシーの保護の見地から無条件に許されるものではないが、日本とオーストラリア間の国際的なヘロインの輸出という本件事案の特殊性及び重大性にかんがみれば、証拠収集の必要性、確実性等の観点から検証、傍受の期間や回数が国内における通常の事案と対比して、ある程度伸長することがあったとしてもやむを得ないものというべきであって、我が国の憲法及び刑事訴訟法の精神に照らしてみても、本件傍受テープ等の証拠能力を否定すべき特段の事情はないというべきである。」

(②のビデオテープ (及びその反訳、翻訳文) について) 「右ビデオテープは、原審公判廷において証拠物として異議なく取り調べられ〔た〕…上、連邦警察は右ビデオカメラの設置に先立ち、同室の捜索許可状も取得しており、前記の電話傍受の結果などから得た情報により、密輸に係るヘロインの不正授受という重大犯罪がまきに行われようとする状況下で、その授受の状況を立証するために撮影、録音したものであって、これを我が国の憲法及び刑事訴訟法の精神に照らしてみても、本件ビデオテープ等の証拠能力を否定すべき事情はない。」

3 評 釈⁽¹⁾

近年の犯罪の国際化により、新たな証拠収集方法として注目されるのが、いわゆる国際捜査共助・司法共助である。この国際捜査共助等の展開にもなっている問題の一つが、これにより得られた証拠、すなわち外国の司法機関・捜査機

関などによって収集された証拠について、一いわゆる証拠禁止の観点から一証拠能力にどのような制約がありうるかであろう。本件で問題になるのは、まさにこの点である。

本件の控訴趣意は、①の電話傍受テープ（及びその反訳、翻訳文）、②のビデオテープ（及びその反訳、翻訳文）は違法収集証拠であり、これらに証拠能力を認めた第一審の判決には訴訟手続の法令違反があるというものである。そして、ここでは、本件証拠収集手続がオーストラリア法の下で適法であったか否かは問題にされていない。したがって、これらの証拠が違法収集証拠であるというのは、その収集手続が我が国の法に照らすと違法であるということをいうものであろう。⁽²⁾この主張に対し、本判決は、「我が国の憲法及び刑事訴訟法の精神に照らしてみても」、これらの証拠の証拠能力を否定すべき（特段の）事情はないという判断を下している。

この判断を検討する前提として問題となるのが、そもそも、本件のような外国捜査機関等によって収集された証拠について、その収集手続が我が国の法をあてはめてみると違法であるという場合に、違法収集証拠排除法則の適用があり得るのかという点である。

従来の違法収集証拠の証拠能力をめぐる議論では、当該証拠収集の手続に違法があったことが、当然の前提とされてきた。しかし、本件のように外国の捜査機関等により収集された証拠については、この前提が問題となる。証拠収集手続が違法であるとは、当然ながら、当該証拠を収集した捜査機関等が我が国の憲法・刑事訴訟法等に違反したということの意味する。しかし、我が国の憲法・刑事訴訟法は、外国の捜査機関等の活動まで拘束するものではない。そうすると、外国の捜査機関等の証拠収集活動については違法という評価はおよそありえないことになり、従来議論されてきた排除法則はその適用の前提を欠くことになる。

このように、外国捜査機関等によって収集された証拠は、それが違法に収集されたという評価を受けることがない以上、従来の排除法則論では捕捉し切れないように見える。この点について本判決がどのように考えているのか、すなわち、このような証拠については証拠排除の余地がおよそないかと解しているのか、それとも一定の場合については証拠排除の可能性を認めているのかは必ずしも明確ではない。しかし、「他人間の電話傍受は、通信の秘密の保障あるいはプライバシーの保護の見地から無条件に許されるものではないが、…本件事案の特殊性及び重大性にかんがみれば、証拠収集の必要性、確実性等の観点から検証、傍受の期間や回数が国内における通常の事案と対比して、ある程度伸長することがあったとしてもやむを得ない」とわざわざ述べているところからすると、証拠排除の可能性を一般論として否定したものではないように思われる。また、排除法則の適

用について、例えばいわゆるロッキード事件丸紅ルート控訴審判決は、「わが国の法制とは異なる手続によって行われた証拠調べの結果であっても、その手続がわが国の憲法ないし訴訟法の基本理念に照らし許容しがたい違法なもの認められない限り、これを認めることが必要かつ合理的」(下線筆者)と判示しているが、本判決の「我が国の憲法及び刑法の精神に照らしてみても、…証拠能力を否定すべき特段の事情はない」というのは、これと同様の枠組みに拠ったものと解することもできよう。他方、学説においては、このような証拠であっても、一定の場合には証拠能力が否定される余地を認めるものも有力である⁽⁴⁾。しかし、そうすると、問題となるのは、どのような理論構成でそのような結論を導くかである。

一つのアプローチとして考えられるのが、私人によって収集された証拠についての議論を応用することである⁽⁵⁾。私人に対しては憲法・刑法の規制が基本的には及んでいないと考えられるから、その証拠収集行為が憲法・刑法に違反したとはいえない。この点で、私人により収集された証拠は、排除法則の適用に関して、外国捜査機関等によって収集された証拠と同様の問題を有しているといえる。そして、確かに、私人による証拠収集については、それが捜査機関の依頼によるものであったり捜査機関との協力関係に基づくものであれば、実質的には捜査機関が自らこれを行ったものとみて、当該証拠収集行為を違法と認定することが可能であろう⁽⁶⁾。しかし、我が国からの国際捜査共助等の要請に応じて直接に証拠の収集を行うのは我が国とは独立の主権国家の国家機関であり、この証拠収集は、たとえそれが我が国の捜査機関の依頼などに基づくものであるとしても、当該外国がその主権の行使として行うものである。この点で、我が国の捜査機関と外国の捜査機関等との関係を国内における捜査機関と私人との関係と同様に捉え、外国捜査機関等による証拠収集を実質的には我が国の捜査機関が自ら行ったものとみることは、困難であるように思われる⁽⁷⁾。

これに対し、第二のアプローチとして考えられるのが、証拠収集行為に対する違法評価を問題にせず、端的に、違法収集証拠排除法則の根拠が、(厳密には違法に収集されたとはいえない)外国捜査機関等によって収集された証拠についてもあてはまるか否かを問題にするというものである。近時、このようなアプローチに拠りつつ、適正手続の保障の見地から、外国捜査機関等によって収集された証拠に対する排除法則の適用を基礎づけるものとして、例えば、川出助教授の所説がある⁽⁸⁾。確かに、川出助教授が指摘されるように、証拠収集の主体が我が国の憲法・刑法の拘束を受けない外国の機関であろうと、その行為により憲法等が重要なものと評価している被告人の利益が侵害される点では、それが我が国の捜査機関によって行われる場合と(その侵害行為についての法的な評価はともかく)実

質的には異なるところはない。これに着目するならば、外国捜査機関等が収集した証拠であっても、それを用いて被告人を処罰することが適正手続違反となる場合もあり得るのではないかと思われる。

もっとも、川出助教授は、適正手続の保障に基づく証拠排除においては「国家による証拠獲得手続と、その使用手続との一体性が存在することが前提」となるとして、外国捜査機関等によって収集された証拠については、「〔その〕証拠獲得行為は我が国の捜査機関の依頼に基づくものであり、その意味で、我が国の捜査機関が証拠獲得手続に関与していることは間違いないから、適正手続違反を問題にするだけの一体性は肯定できる」とされる⁽⁹⁾。しかし、そうすると、外国捜査機関等が自国の刑罰法規の執行のために独自に当該証拠の収集を遂げ、後にそれを知った我が国の捜査機関がその提供を要請したような場合（本件はこのような事案であったと思われる）には、証拠排除の余地はおよそ認められないことになる。この点は、根本的には適正手続の保障に基づく違法収集証拠排除一般の要件をどのように考えるかの問題かもしれないが、証拠入手の経緯がそのようなものであっても、被告人の側からみればその利益侵害の結果に基づいて処罰されることになることには違いはないし、他方で我が国の訴追機関も結果的にではあれそれを利用することになるのであるから、このような場合についても適正手続に基づく証拠排除の可能性が全く考えられないわけではないように思われる。

いずれにせよ、以上のようなアプローチは、証拠排除の理論構成としては基本的に妥当なものと考えられる。先に引用したロッキード事件丸紅ルート控訴審判決等も、そしてまた（証拠排除の余地を一般論として認めているとすれば）本判決も、このような構成で説明することが可能であろう。そうすると、次に問題になるのは、証拠排除の基準である。

この点については、我が国の憲法・刑訴法の観点から当該証拠の証拠能力を決する以上、証拠能力の判断に際しては「違法」の程度、すなわち、外国捜査機関等による当該証拠収集行為の我が国の憲法・刑訴法からの逸脱の度合いが検討されるべきことになろう。問題は、どの程度の逸脱があったならば証拠能力が否定されるかであるが、基本的には、被告人の憲法上の実体的権利に対する重大な侵害が存在すると評価される場合など、憲法・刑訴法からの逸脱が著しい場合に証拠能力が否定されるべきではないかと思われる⁽¹¹⁾。

この点、本判決は、本件電話傍受は「やむを得ない」ものであって、「憲法及び刑訴法の精神に照らしてみても、本件傍受テープ等の証拠能力を否定すべき特段の事情はない」としている。証拠排除の基準との関係で問題になるのは、どのような場合に「憲法及び刑訴法の精神に照らして…証拠能力を否定すべき特段の事情」が存在するといえるのかである。もっとも、本判決の「やむを得ない」と

いう判断は、本件電話傍受はそもそも「違法」ではないと判示したもののように思われ、また②のビデオテープ等についての判示をみても、「憲法及び刑訴法の精神に照らして…証拠能力を否定すべき特段の事情」の具体的内容、すなわち「特段の事情」と「違法」の程度との関係がどのように捉えられているのかは、明らかではない。

しかし、本件電話傍受が「やむを得ない」という判断に際しては、「日本とオーストラリア間の国際的なヘロインの輸出という本件事案の特殊性」が考慮されている。この「本件事案の特殊性」というのは、たんに捜査が困難であるということを書いておき過ぎないのかもしれないが、ここに本件傍受テープ等がオーストラリア警察によって収集されたものであるという事情も含まれるのであれば、「検証、傍受の期間や回数が国内における通常の事案と対比して、ある程度伸長することがあったとしてもやむを得ない」というのは、結局、このような証拠の排除の範囲を我が国の捜査機関によって証拠収集が行われる場合よりも限定する趣旨なのかもしれない。仮にそうだとすれば、その限りでは、妥当なものだと思われる⁽¹²⁾。

この証拠排除の基準について問題となるのが、ロッキード事件丸紅ルートについての最高裁大法廷判決である。周知のように、この大法廷判決は、刑事免責を付与して得られた嘱託証人尋問調書の証拠能力について、「我が国の刑訴法は、この制度〔刑事免責〕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うべきであり、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…」⁽¹³⁾「このことは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、全く同様であって、これを別異に解すべき理由はない」と判示している。

この大法廷判決の意味するところについて、学説には、この判決が外国の機関によって収集された証拠一般についても判示していると解してこれを批判するものと、⁽¹⁴⁾（外国の機関ではなく）我が国の捜査・訴追機関の行為（つまり検察官の不起訴宣明による刑事免責付与）⁽¹⁵⁾を問題にしていると理解するものがある。前者のような趣旨だとすると、それが証拠排除の基準として形式的に当該証拠を収集するにあたって外国の機関が用いた制度が我が国で採用されているか否かを問題にするものならば、確かに、非現実的でありまた妥当なものとは考えられない。これに対し、後者の趣旨だとすると、本件のような事案は基本的に大法廷判決の射程外にあることになる。この点、本判決は、とくに大法廷判決にふれることなく、本件証拠を収集するにあたって用いられた方法が我が国で採用されているか否かといったことを問題にしてはいない。⁽¹⁶⁾むしろ、当該証拠収集行為の我が国の憲法・刑訴法からのより実質的な逸脱の度合いを基準に証拠能力を判断するもの

ように思われるが、以上のような点について本判決が大法廷判決をどのように解しているのかは、明確ではない。

いずれにせよ、本判決はその意味するところが明らかではないところがあるが、ある証拠の証拠能力を決するにあたって外国捜査機関等の証拠収集行為を我が国の憲法・刑事法の観点から眺め、それらからの逸脱の有無・程度を問題にする(どの程度の逸脱が証拠排除を導くかはともかく)のであれば、そこでは、当該証拠収集行為やそこで用いられた方法・制度が総合的に検討される必要がある。例えば、①の電話傍受テープ等についていえば、傍受の期間などだけではなく、「令状」の実体なども含めて、オーストラリアの通信傍受の手続及び本件の傍受行為全体を我が国の憲法・刑事法の観点から検討することが証拠能力判断の前提となろう。⁽¹⁷⁾この点、個々の証拠の証拠能力についての本判決の具体的判断は、その結論の当否は別として、やや簡潔に過ぎるように思われる。

- (1) 本件の評釈として、既に、渥美東洋・判例評論473号58頁以下(1998年)がある。
- (2) これに対して、外国捜査機関等の証拠収集行為が当該外国法上違法な場合の証拠能力いかんという問題設定も考えられる。このような場合について、証拠排除の余地を否定するものとして、古田佑紀「刑事司法における国際協力」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第1巻 現代社会における刑罰の理論』408頁(1984年)、川出敏裕「犯罪の国際化と刑事法」『岩波講座現代の法6 現代社会と刑事法』11-12頁(1998年)。また、宮崎礼壹「国外における捜査(証拠の収集)」河上和雄編『刑事裁判実務大系第11巻 犯罪捜査』646-647頁(1991年)、河上和雄「国際犯罪と捜査共助・司法共助」現代刑事法1巻1号67-68頁(1999年)も参照。
- (3) 東京高判昭和62年7月29日高刑集40巻2号77頁(128頁)。また、東京地決昭和54年10月30日刑月10巻1269頁(1304-1305頁)、東京高判昭和61年5月16日高刑集39巻2号37頁(55-56頁)も参照。
- (4) 山本和昭「国際犯罪と刑事手続上の諸問題」警察学論集29巻1号132-133頁(1976年)、宮崎・前掲注(2)646、647頁、福吉貞人「我が国の捜査機関から米軍当局に囑託して行われた捜索差押の結果取得された証拠物の証拠能力」判例タイムズ968号120-121頁(1998年)、川出敏裕「国際司法共助によって獲得された証拠の許容性」研修618号5-7頁(1999年)。また、藤永幸治「囑託尋問-検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続下』661頁(1988年)、田宮裕『刑事訴訟法[新版]』159頁(1996年)、河上・前掲注(2)67頁も参照。これに対し、証拠排除の余地を否定するものとして、堀籠幸男「国際化と刑事手続-裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続下』637-638頁(1988年)。
- (5) このようなアプローチを示唆するものとして、宮崎・前掲注(2)646頁。
- (6) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』416頁(1985年)、稲田伸夫「私人の違法な捜索・押収により得られた証拠物について」捜査研究448号30頁(1989年)など参照。
- (7) 川出・前掲注(4)4頁。
- (8) 川出・前掲注(4)6-7頁。また、福吉・前掲注(4)121頁も参照。
- (9) これに対し、違法捜査の抑制の観点については、証拠収集の主体が外国の機関である以上、問題になり得ないし、司法の廉潔性の保持についても、当該証拠収集行為が違法とはいえない以上、これを考慮する前提を欠くことになろう(川出・前掲注(4)6頁)。もっとも、

この点について、福吉判事は、適正手続に基づく証拠排除の構成に加えて、「国内では許されない手続、方法で証拠収集がなされることを見越して捜査共助の要請や司法共助の要請をすること自体を、収集された証拠の証拠能力評価との関係において「違法」またはこれに準ずるものとして評価することも不可能ではないと考えられ、その意味で当該要請から始まる一連の証拠収集手続が全体として「違法」性を帯びると考えられ…この意味において「違法な」日本側からの要請を証拠排除によって抑止することができると考えられる…」とされている（福吉・前掲注（４）121頁）。

- (10) 川出・前掲注（４）6-7頁。なお、井上・前掲注（６）373頁、403頁、416頁参照。
- (11) 川出・前掲注（４）7頁は、「外国での証拠獲得手続をわが国の憲法・刑訴法に引きなおして評価した場合に、それが、憲法あるいは刑訴法の基本理念に反していると評価されるような場合に限られる」とし、「例えば、拷問によって得られた自白の使用等がこれに該当する」とする。
- (12) 川出・前掲注（４）7頁参照。
- (13) 最大判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁〔10頁〕。
- (14) 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437号4-5頁（1995年）、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48巻10号42頁（1995年）〔同『日本の刑事司法再論』92頁以下（1997年）に収録〕など。
- (15) 後藤昭「刑事免責による証言強制—ロッキード事件」『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』149頁（1998年）、中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』219頁（1998年）など。
- (16) 検証令状によって電話の傍受が可能であるという裁判例（本判決以前のものとして、甲府地判平成3年9月3日判時1401号127頁、東京高判平成4年10月15日高刑集45巻3号85頁、旭川地判平成7年6月12日判時1564号147頁参照）の立場に依拠すれば、少なくとも①の電話傍受については、本件証拠を収集するにあたって用いられた方法が我が国で採用されているか否かを問題にする必要はなかったということになる。
- (17) オーストラリアの通信傍受制度を簡潔に紹介したものとして、河合信之「諸外国における会話傍受令状請求及び執行の実態について」警察学論集46巻11号151-153頁（1993年）がある。