

Reprinted from

KITAKYUSHU SHIRITSU DAIGAKU HOU-SEI RONSHU

Journal of Law and Political Science. Vol. XLIV No.3・4

March, 2017

**Die Gewährleistung eines fairen Verfahren
und die Beweiswürdigung**

MIZUNO Yoichi

北九州市立大学法政論集第44巻第3・4合併号（2017年3月）抜刷

論 説

公正な裁判の実現と証拠判断

—— ヨーロッパ人権条約6条に関する議論を参考に ——

水 野 陽 一

論 説

公正な裁判の実現と証拠判断

—— ヨーロッパ人権条約6条に関する議論を参考に ——

水 野 陽 一

1. はじめに
2. 公正な証明と公正な裁判
3. 公正な裁判と証拠排除

—— ヨーロッパ人権裁判所における証拠排除に関する判断の検討 ——

4. 刑事手続における公正な裁判の実現と証拠判断基準
5. おわりに

1. はじめに

ヨーロッパ人権条約6条2項は、刑事上の罪に問われている全てのものは法律に基づいてその有罪が立証されるまでは無罪と推定されるとする無罪推定原則⁽¹⁾について定める。ここでいう立証は、当然「公正な立証」であることが求められ、これは「公正な証拠」に基づくものでなければならぬ⁽²⁾。それ故、警察、検察等、刑事捜査・訴追機関によって公正な裁判原則

(1) 人権条約上の無罪推定原則について、拙稿「被疑者・被告人に認められる権利としての無罪推定——人権条約6条に関する議論を参考に——」北九州市立大学法政論集43巻1・2号86頁以下参照（2015年）。

(2) わが国において、**fair**の訳語として「公正」という語が用いられるのが一般的である。しかしながら、英語を母国語としない国々において、**fair**を無理に翻訳することはせず、**fair**は**fair**としてしか表現できないとされる例がある。例えば、ドイツにおいて**the principle of fair trial**は、**Der fair-trial Grundsatz**とされる。わが国においても同様の問題が生ずるように思われるが、本稿においては前例に

(the principle of fair trial) に反する手法を通じ収集された証拠物に基づき何らかの事実が立証されたとしても、当該立証は人権条約 6 条 2 項の要請、すなわち無罪推定原則の要請を満たすものとはいえず、被疑者・被告人の公正な裁判を求める権利を侵害するものである。

捜査機関等によって違法に収集された証拠を手続から排除しなければならないという考えは、ドイツ等大陸法諸国においても肯定されるものであるが、⁽³⁾ 証拠法に関わる問題は、従来国内法レベルの問題として捉えられるものであった。しなしながら、近年の急激な法のヨーロッパ化の波を受けて、刑事司法の領域においても各国間における相互的司法共助が活発に行われるようになり、他国において収集された証拠の証拠能力及び許容性をどのようにして捉えるかという問題、すなわち証拠の相互承認に関する問題が顕在化している。⁽⁴⁾ 特に、ヨーロッパ域内においては、「ヒト・モノ・カネ」の自由な移動を目指したヨーロッパ連合に代表される、汎ヨーロッパ的枠組みが構築されており、先に挙げた外国における証拠の取り扱いに

ならない、さしあたり fair を「公正」という語を用いて翻訳することにする。以上について、拙稿「刑事手続における適正手続と公正な裁判の意義」徳山大学総合研究所紀要 38 巻 136 頁参照（2016 年）。

(3) ドイツにおいて、証拠禁止 (Beweisverbote) という概念が用いられる。これは、証拠採用の禁止 (Beweiserhebungsverbot) と証拠評価の禁止 (Beweisverwertungsverbot) という二つの概念からなる。大陸法における証拠禁止と、英米法における証拠排除について、基本的に両概念は区別されるものであるとされてきた (例えば渥美東洋『レッスン刑事訴訟法〔中〕』173 頁以下参照 (中央大学出版部、1986 年))。以上に関して、わが国において証拠能力が肯定される為の条件として証拠禁止に触れないことを挙げられることができ違法収集証拠排除法則は証拠禁止の一類型であるとの説明がされることがある (以上について、例えば、大久保隆志『刑法訴訟法』290 頁参照 (新世社、2014 年))。更にわが国において、証拠禁止と証拠排除概念の差異が縮小し、これを同一視しても差し支えないという主張もされることから (宇藤崇「毒樹の果実」論について (特集 排除法則の課題と展望) 現代刑事法 55 号 43 頁 (2003 年))、本稿においてドイツにおける議論を参照する際にも、証拠排除という語を用いて論を進めることにする。

(4) *Mavany, Die Europäische Beweisanordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*, 2012, S.1.

関する問題をめぐる議論は活発である。以上のような状況のもと、ドイツ等、ヨーロッパ諸国の刑事訴訟法学において、証拠法に関する議論はもちろんこと他の刑事手続上の問題についても国内法のみならずに依拠して議論することでは足りず、ヨーロッパ法、ひいては国際法的な観点からの考察が不可欠であることが認識されている。以上に関して、刑事手続上の公正概念についても同様のことがいえるのであり、公正な証明による公正な裁判の実現という問題を議論する際にも、ヨーロッパ人権条約 6 条における公正な裁判原則とこれに関わる人権裁判所の判断が重要となる。先にも述べたように、証拠法に関する問題は、従来各国の国内法に関する問題としてのみ認識されていたものではあるが、昨今においてはヨーロッパレベルにおいてこれを検討する必要性が認められており、いってみれば汎ヨーロッパ的な公正概念に合致した証拠法基準の構築が目指されているのである。人権条約上の公正概念は、人権保障を基軸として公正な裁判の実現を目指すという点にその特徴があり、刑事手続においては被疑者・被告人に対する十分な権利保障こそが公正な裁判実現にとって重要な要素として理解される。証拠法基準についても、被疑者・被告人を基軸として公正な裁判が実現されたかという観点からの定立が求められることになる。

わが国においても、刑事手続における公正な裁判実現の重要性について、これに異論を挟む余地はないように思われるが、その具体的内容についてはあまり詳細な検討がされてこなかったように思われる。公正な裁判原則については、わが国が批准する国際自由権規約 (International Covenant on Civil and Political Rights) (以下自由権規約とする) 14 条においても規定されている。また、わが国において既に広く承認されている適正手続論と公正な裁判原則について、両者の内容には類似性が認められ、かつ両者の起源についても共通性を認めることができる⁽⁶⁾。更に、わが国において当事者主義的な訴訟構造を有するとされているが、周知の通り完全な当事

(5) *Jahn*, ZStW 127(2015), 580.

(6) 拙稿・前掲註(2)・133 頁以下参照。

者追行主義は採られておらず補正的に作用するとされる職権主義的制度が現存し、大陸法的な真実発見が刑事手続上の目的として重視されることも多い。⁽⁷⁾ ドイツ刑事手続において本来当事者主義的であるとされる諸制度がヨーロッパ人権裁判所の判断に影響を受けて導入されていることにも鑑みれば、公正な裁判原則に関わる議論を参照し刑事手続上の公正概念について検討することは、わが国においても一定の有意性を認めることができるように思われる。

以上のような問題意識のもと、本稿においては公正な裁判の実現にとって必要な要素について、被疑者・被告人の側から見た公正な証明とは何かという問題、これを担保するための証拠法基準が如何なるものであるかという問題について、ヨーロッパ人権条約6条及びこれに関する人権裁判所の判断を参考にしながら考察していく。

2. 公正な証明と公正な裁判

(1) 刑事手続の目的と公正な証明

①刑事手続上における真実解明の要請

刑事手続において、解明された真実とされる事実に基づいて、裁判所の判断が行われなければならない。以上の前提は、国家刑罰権の確定及びその行使という帰結をもたらすものである刑事手続の性格に鑑みれば当然の要請であるといえるが、一方で刑事手続上の真実は形式的なものに過ぎず、ここで実現される結果はいつてみれば不完全なものに過ぎないという見方をすることができる。⁽⁸⁾ もちろん、現代的な刑事司法制度を有する全ての国ににおいて、正しい結果をもたらす法制度の構築が常に目指されており、その為の努力が行われているものであると考えられるが、刑事手続の結果が常に正しいものであるという前提に立つことはできないし、そこに介在

(7) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』101頁以下参照（信山社、2005年）。

(8) 山口邦夫『帝国崩壊後(1806年)のドイツ刑法学』163頁（尚学社、2009年）。

する誤判の危険性が看過されてはならない⁽⁹⁾。刑事手続上の真実は、各国の証拠法によって証拠能力及びその許容性が認められた証拠物に基礎づけられたものすぎず、これは自然科学上の証明によって明らかにされた結果が全世界において妥当する客観的蓋然性を備えたものであるとされることとは異なるのである⁽¹⁰⁾。また、有罪の立証に必要な証明の程度についても、対象となる事実に関する理解に関する相違によって、各国間で差異が存在することが予想される。手続的正義及び公正が実現されるために真実の発見及び実質的正義の実現に最適となる証拠法を含む手続法の整備が求められることになるが、刑事手続上の真実が不完全なものであることを前提とするなら、公正な裁判実現のために真実の解明に対する努力と同時に、被疑者・被告人等、個人の主体的地位及び基本自由の保障に関する真摯な努力が求められることになる⁽¹¹⁾。

②真実解明の要請と公正な裁判の関係

上述したように、公正な裁判の実現のためには、真実とされる事実の解明が必要となる⁽¹²⁾。刑事手続は証拠に基づいて行われなければならない、裁判

(9) 以上に関して、哲学の分野においても同様の指摘がされる。例えばロールズは、手続的正義の実現について、これが不完全なものであることを前提として議論がされなければならないとする。RAWLS, THEORY OF JUSTICE 85 (1971)。ロールズの手続的正義に関して、仲正昌樹編著『政治思想の知恵』174頁以下参照〔大澤津〕（法律文化社、2013年）。また、Rawlsの正義論と公正な裁判の関係について、Vgl. Demko, « Menschenrecht auf Verteidigung » und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, 2014, S.145。

(10) Gless, JR 2008, 195.

(11) Demko (Fn. 9), S.148. 先に示したロールズの理解に拠れば、手続的公正は手続的正義に包含される概念であるとされ、より実務的な意味を持つという。以上に理解に従い、本稿においては以下「手続的公正」という語を用いることにする。

(12) ある者が刑事手続の対象とされた場合、その段階を問わずに何らかの不利益を被る可能性がある。更に、手続の結果として有罪判決が下された場合には、刑罰的制裁が科せられることが多く、その場合に被る不利益は一般的に大きいものといえる。それ故、特定の者に対して刑罰的制裁を科す場合、それは解明された事実に基づくものである必要があえるといえる。

所の判断も全て証拠に拠らなければならないため、刑事手続における証拠の取り扱いをどのようにするかということが、手続的公正の実現にとっても極めて重要な要素となる。刑事手続上の証明手続の目的は、過去に存在したとされる事実を現存する情報源から解明していくことであり、裁判所は当該事実に基づいて判断を下すことになる⁽¹³⁾。裁判の公正性を担保するためには、「手続の公正性」の維持が重要となるのと同時に、そこからもたらされた「結果の公正性」が実現されることが必要である⁽¹⁴⁾。しかしながら、刑事手続上の証拠は主に刑事捜査・訴追機関によって収集されることになるため、刑事手続において効率性を追求していけばいよいよ手続的な公正性が軽視されるといった事態が生ずることが容易に想像できる。これは、従来、刑事手続における目的について、真相の解明とそれに基づく刑罰権の行使の重要性が強調されてきたことから明らかであり、そこでは犯人の処罰という結果が最も重要な要素として理解されることになる。しかしながら、公正性について手続全体を視野に入れて考えた場合、もたらされた結論が正しい、すなわち犯人が処罰されるという結果を得ることができた場合においても、それを獲得する手段としての手続に何らかの瑕疵が存在する場合、全体としての「公正性」が損なわれていると考えることもできる。刑事手続上の立証は証拠によって行われるのだから、刑事捜査・訴追機関の当該証拠の収集手段に公正性が認められない時には、それによって立証された事実にも公正性が認められず、この様な場合には公正な裁判が実現されたとはいえない。

(2) ヨーロッパ刑事手続における公正概念

①公正概念に関する指標としての公正な裁判原則

ヨーロッパ諸国における刑事手続上の公正概念を解釈する指標として、現在ヨーロッパ人権条約6条における公正な裁判原則の理解が重要となる。

(13) *Gless, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, 2006, 319.

(14) *Gless* (Fn.13), S.202.

当初、公正な裁判原則は、ドイツ等、他のヨーロッパ評議会加盟国において重要視されることはなかったが、今日においてはヨーロッパ域内における刑事手続にとって中心的な基準であるとされる。ドイツにおいては、第二次世界大戦後、自由主義的思想に基づき多くの法改正が行われたが、ヨーロッパ人権条約の存在なくしてこれら法改正の実現を語ることはできない⁽¹⁵⁾。以上に関して、少なくとも自由及び人間の尊厳に関わる法確信に対する侵害が認められる場合には、公正な裁判原則違反が認められるとされる⁽¹⁶⁾が、その具体的内容については判例の蓄積が少ないことなどから必ずしも明確ではない⁽¹⁷⁾。以上に関して、絶対的上告理由に関するドイツ刑事訴訟法 338 条が想定する事情を超える場合に初めて、公正な裁判原則に違反する訴訟障害が認められることになるという指摘がされる。これは原則として成文法による手続法解釈が望ましいのであるから、公正な裁判原則の適用は原則として現行法が予定しない事態が生じた場合に初めて認められるべきだとする考えに基づくものである。以上のように、公正な裁判原則を国内法規範によって解決することのできない瑕疵を治癒するためのものであると理解した場合、結果の公正性を阻害する手続的公正の違反を認める為には、すくなくとも国内憲法規範に対する違反、またはこれを超える程度の重大な違反の存在が求められることになる。

②公正な裁判原則の具体的内容

公正な裁判原則の具体的内容を見ると、人権条約 6 条は、被疑者・被告

(15) *Kühl*, ZStW 100 (1988), 601.

(16) ドイツにおいて、人間の尊厳は、憲法の最高価値であることが確認されているが、一方でその内容の不明確性が批判されることがある。ドイツ憲法裁判所は、人間の尊厳保障に反するのは人間を「国家行為の単なる客体とする」ことであると定義する「客体定式 (Objektsformel)」を用いて保護領域の画定を行ってきた。ここでは、人間の尊厳とは何かと言うことよりも、人間の尊厳保障に対立・矛盾する行為は何かということが問題とされる。以上に関して、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』99 頁（尚学社、2013 年）。

(17) *Jahn* (Fn.5), S.576.

(18) *Jahn* (Fn.5), S.576.

人に対して認められる総合的権利として公正な裁判を求める権利を保障する。人権条約 6 条 3 項において具体的な権利保障について言及され、これは公正な裁判を求める権利の一部内容を示すものではあるが、その全てを包含するものではないことに注意しなければならない。⁽¹⁹⁾ すなわち、本条における具体的権利の侵害が行われた場合でも、直ちに公正な裁判を求める権利が侵害されたとはいえず、総合的に見れば当該手続における公正性が維持されていると判断される可能性がある。更に、6 条 2 項が無罪推定原則について規定しており、公正な裁判を求める権利は手続の全段階における無罪推定を前提としたものであることが求められる。人権条約 6 条 2 項は、法律に基づいて被告人の有罪が立証されるまでその無罪が推定されることを要請する。⁽²⁰⁾ 有罪判決は、各国の証拠法に基づいた証拠によって、高度な蓋然性及び合理的な疑いを超える程度に確実な証明が行われた場合にのみ⁽²¹⁾ 下されることになるが、これは無罪推定原則からの当然の帰結であり、ここでは挙証責任の問題が強調され、被疑者・被告人に不利な事情の立証責任は訴追側にある。更に被疑者・被告人には、刑事手続上の立証に対して何らかの影響を与える機会が認められるが、これは無罪推定原則を理由とする立証責任の転換、黙秘権、自己負罪拒否権からの帰結である。⁽²²⁾ また、無罪推定を前提とした刑事手続上の運用を行う場合、被疑者・被告人に対して公正な聴聞の機会の保障等が行われることが重要であり、これは公正な裁判原則が要請する被疑者・被告人に対する最低限度の権利保障を実現⁽²³⁾

(19) 人権条約 6 条における公正な裁判を求める権利について、拙稿「刑事訴訟における弁護士依頼権、接見交通権、通訳・翻訳権の保障と公正な裁判を求める権利との関係について—ヨーロッパ人権条約 6 条における公正な裁判原則に関する議論を参考に—」*広島法学* 35 卷 4 号 92-62 頁参照（2012 年）。

(20) 無罪推定を前提とした公正な裁判原則の遵守について、拙稿・前掲註(1)・86 頁以下参照。

(21) 追側に求められる立証の程度についても、国によってそれぞれに異なるが、その最低基準についても公正な裁判原則の求める要求を満たすものでなければならない。

(22) 拙稿・前掲註(1)・87 頁以下参照。

(23) *Germelmann, Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht*, 2014, S.267.

する前提となる。無罪推定原則は、自由心証主義と証拠法に基づく立証の関係を浮き彫りにするものであり、刑事捜査・訴追に関する利益と被疑者・被告人に認められる利益との調和を図りながら公正な裁判を実現するための一種の調整弁としての機能を認めることができる⁽²⁴⁾。通常、被訴追側である被疑者・被告人の利益と訴追側である警察・検察等の利益、この私的、公的な二つの互いに衝突する場面が多いと考えられるが、いかなる法制度、法規範を基準として、刑事手続上の立証が公正な裁判の一部をなすと評価されるのであろうか。以上の問題を考えるに際して、被疑者・被告人及び刑事訴追側に認められる刑事手続上の利益の調和をいかにして図るかという観点が重要となり、各国の刑事手続における訴訟関与者の権利保障のあり方が問われる。刑事手続上の権利保障の内容について、これも基本的には各国の国内法によって異なるが、当事者主義訴訟構造と職権主義構造におけるテロタイプの議論に見られがちな、手続と結果どちらを優先するかという議論に留まらず、公正な裁判原則の要請を満たす権利保障のあり方が検討されなければならない。すなわち、事実認定にとって重要となる全ての証拠物が顕出されている場合のみ、手続の公正性が担保されている⁽²⁵⁾ということができ、ここでは自由心証主義を前提とする裁判官の証拠評価の公正性の担保の必要性に加えて、証拠収集及び証拠採用、証拠⁽²⁶⁾に対して被嫌疑者が争う機会を認めることなどが必要となる。

③あるべき法の基準としての公正な裁判原則

更に、公正な裁判原則には、将来におけるあるべき法（*lex ferenda*）としての基準を提示する機能が認められる⁽²⁷⁾。被疑者・被告人に認められる権利保障について、公正な裁判原則の要請を満たしていない場合には、法改正による対応が求められることになる場合も想定され、刑事捜査・訴追等に代表される公的利益を確保することのみを理由として被疑者・被告人に認

(24) *Gless* (Fn.13), S.212.

(25) *Gless* (Fn.13), S.201.

(26) *Jahn* (Fn.5), S.567.

(27) *Jahn* (Fn.5), S.577.

められるべき権利保障が行われたいとする運用は許されない。公正な裁判の実現のためには、被疑者・被告人に対して一定の権利保障が行われることが前提となり、その最低限の枠組みを定めるのが公正な裁判原則ということになる。⁽²⁸⁾ ドイツにおいて、公正な裁判原則を通じて英米法に由来する当事者主義的手続の思想が意識されることにより、従来職権主義的手続構造には存在しなかった概念が採用されることがある。⁽²⁹⁾ 例えば、人権条約 6 条 3 項 c の解釈において重要となる、被疑者・被告人にとって不利な証人 (witnesses against him) 及び有利な証人 (witnesses on his behalf) という概念は、従来のドイツ刑事手続においては全く馴染みのないものであった。⁽³⁰⁾ 更に、当事者の権利保障に関する機会対等、武器対等の考え方も人権条約を通じてもたらされたものである。これは、職権主義訴訟構造を採用する国において、本来当事者主義的といわれた制度が採用されることを通じて、被疑者・被告人の法的地位向上が図られたものであるといえよう。ヨーロッパ域内、特にヨーロッパ評議会加盟国においては、そこで採用される訴訟構造の差異にかかわらず、人権条約 6 条における公正な裁判原則が一つの指針とした被疑者・被告人には最低限必要な権利保障が行われるなければならない。かつて、事実認定こそが唯一の裁判所の果たすべき役割とされたが、今日ではこの様な理解はとられず、特に対審構造を採用する法制度において、訴訟関与者が積極的な影響を与える機会を認める場合がほとんどで、証拠調べ請求権の保障等がその顕著な例である。⁽³¹⁾ 事案の解明及びこれに基づく刑罰権の行使を強調すれば、被疑者・被告人の取調、証拠収集等の手段に違法が存在しても問題はないという結論を採ることができる。事実、わが国においても従来は証拠物の形状、形態は収集手段によって変化しないので、警察等の行動に違法性が認められても証拠能力、許容性には影響がないとの主張がされた時期があった。しかしながら、現在におい

(28) *Jahn* (Fn.5), S.577.

(29) *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahren, 2002, S.855.

(30) *Jahn* (Fn.5), S.578.

(31) *Gless* (Fn.13), S.199.

ては、必罰主義的な発想に批判が加えられて久しく、被疑者・被告人の人権保障にも配慮した刑事手続の運用が必要であるという認識が当然のものとなっている。先にも述べた通り、これは刑事手続において公的利益と被疑者・被告人の利益の調整が求められていることを意味するものであり、これを実現する手段は複数考えられるが、すくなくともその一つとして証拠排除法則を挙げることができよう。⁽³²⁾ 証拠排除の目的として証明の基礎となる情報源の利用を制限することにより刑事手続における公正性及び立証手続の確実性を担保することを挙げることができる。刑事捜査・訴追という公的利益を担う警察・検察等の行動に一定の違反が認められる場合、そこから得られた証拠を制限、排除することで、結果的に被疑者・被告人に有利な結果をもたらすことができるように思われる。

3. 公正な裁判と証拠排除

—— ヨーロッパ人権裁判所における証拠排除に関する判断の検討 ——

先にも述べたように、公正な裁判の実現と公正な証拠を用いた公正な立証は切っても切れない関係にあり、公正ではない証拠による立証は公正な裁判の実現を阻害する大きな要因となる。それ故、各条約加盟国においても、証拠法及び証拠法則に関する活発な議論が行われており、一定の条件が認められる場合に当該証拠が手続から排除される場合があることが認識されている。しかしながら、人権裁判所における証拠排除基準について、未だ明確かつ統一的な判断がされていないのが現状であり、汎ヨーロッパ的な証拠排除基準の定立は未だ行われていない。これは、人権条約 6 条における公正な裁判原則の保障のために、如何なる証拠排除基準が示されるべきかについて、未だに十分な議論がされていないという人権裁判所の考えに基因するものであるとの指摘がされる。⁽³³⁾ 証拠法及び証拠法則は、刑事

(32) *Gless* (Fn.13), S.202.

(33) *Schneider*, Beweisverbote aus dem Fair-Trial-Prinzip des Art. 6 EMRK: Der Nemo-tenetur-Grundsatz im Lichte der EMRK, 2013, S.35.

手続における中核的な要素であるから、公正な裁判原則に関わる他の要素にも深く関わるものであり、軽々に統一的な証拠排除基準を示すことができないものであると考えられる。

以下では、人権裁判所の証拠排除に関する判断基準について考察し、公正な裁判原則と証拠排除の関係について検討する。

(1) ヨーロッパ人権裁判所における証拠排除基準の検討

① Schenk 判決⁽³⁴⁾

いわゆる Schenk 判決においてヨーロッパ人権裁判所は、はじめて証拠排除に関する判断を行った。本判決において示された人権裁判所の証拠排除⁽³⁵⁾に関わる姿勢は、今日におけるまで維持されていると見てよい。

本件における事実の概要は以下の通りである。本件における申立人 Schenk は、会社経営者であった。Schenk は、偽名と偽の宛名を用いて新聞広告を出した。当該広告は、かつて外人部隊に所属した者やそれと同種の経歴を有する者を探す目的で出されたものである。これに対していくつか応募があり、Schenk はその中から Pauty に妻の殺害を依頼することにした。Pauty は Schenk の妻にこのことを知らせた後、両名は Kanton Waadt 州の予審判事に Schenk の立てた殺害計画を告げた。判事による Pauty の取調が行われた後、捜査は別の機関に引き継がれた。更に、フランスの捜査機関に対しても司法共助が求められることになり、結果としてフランスの捜査当局に所属する Messerli 警部が当該捜査に協力することになった。Pauty はパリで新たに取り調べを受けることになり、そこで Schenk が殺害依頼の経過報告を求めため、近日中に再度接触をしてくる可能性があることを告げた。捜査当局は、Pauty の電話に盗聴器を設置し、Schenk からの連絡を待った。後日、何も知らない Schenk は Pauty に電話で詳細な妻の殺害計画を指示し、Pauty はこれを録音することに成功した。当該通話を録音したテープは、予審判事に提出された後、鑑定人に送られることになった。

(34) *Schenk v Switzerland* (App 10862/84)(12 July 1988)

(35) *Schneider* (Fn.33), S.35.

この後行われた **Schenk** に対する刑事訴訟において、当該録音テープを手続から排除することが求められたが、**Pauty** の盗聴行為に対する刑事訴追が法的に不可能であることを理由に、裁判所は当該申立を棄却した。更に、録音テープの内容は、別の方法で書証として用いることもできたことも指摘された。録音テープは、全ての訴訟参加者が在廷する公判廷で再生されており、また、裁判所は職権及び弁護人の申立に基づき複数の証人に対する尋問を行ったのであるから、**Pauty** の録音したテープを当該手続において用いることは許されると判示されたものである。しかしながら **Messerli** 警部に対する尋問は行われず、これを求める弁護人の申立もされなかった。後に **Schenk** は、録音テープが排除されなかったのは不当であるとして上訴しているが、いずれも理由がないとして退けられている。

以上の事案について、**Schenk** は **Pauty** による録音が人権条約に違反するとして異議申し立てを行ったものである。まず、これに対してヨーロッパ人権委員会は、人権条約 8 条違反を理由とする異議申し立てには理由がないと判断した。引き続いて、人権裁判所は当該事案における人権条約 6 条違反が認められるかについて、テープ録音が行われた状況も含めた包括的審査を行った。

本件事案における人権裁判所の判断において、まず人権条約 6 条を根拠とする公正な裁判を求める権利は、証拠物の許容性に関する規定を包含するものではないことが確認された。その理由として、刑事手続における証拠の許容性は、各条約加盟国の国内法を根拠として判断されるべきことが挙げられる。また、人権裁判所は、あくまでも申立人に対して行われた刑事手続が総合的に公正であったかという観点から判断を行うものであるから、違法な手段を用いて収集された証拠が許容される事態がないわけではないことを認めている⁽³⁶⁾。この点について、人権裁判所が強調したのは、本件事案においては申立人の防御権侵害が認められないということであった。人権裁判所の認定した事実に拠れば、申立人はテープ録音の違法性について

(36) *Schneider* (Fn.33), S.36-37.

て認識しており、その信頼性に関して疑義を投げかける機会が認められていた。更に、テープ録音を行った Pauty に対して証人尋問を行う機会が認められていたこと、また Meseerli 警部に対してはその機会があったにもかかわらず証人尋問が行われなかったことを指摘している。

更に本件事案においては、録音テープ以外にも複数の証人から申立人の有罪を基礎づける証言が得られており、当該テープが申立人の有罪を立証する唯一の証拠ではなかったことも人権条約6条1項違反が認められない理由であるとされた。この他にも、申立人によって録音テープを証拠として許容することが無罪推定原則に違反することが主張されたが、いずれも理由がないものとして退けられている。

以上について、Pettiti 判事は本判決における人権裁判所の姿勢に疑問を示し、少数意見として以下のように述べている。

すなわち、本判決は、人権条約6条は証拠の許容性判断に関する規定を置いておらず、これは基本的に各国の国内法に委ねられる問題であるとし、人権裁判所は総合判断に基づき手続の公正性判断を行うものであるから違法に収集された証拠が許容される場合があるとしたが、これには賛成できない。総合的な公正性が認められない場合のみならず、違法に収集された証拠に基づいて判決を下す裁判所があってはならない。本件事案においては、問題となった録音テープの違法性が認められないばかりか、国内裁判所において当該テープの許容性が認められている。確かに、申立人の有罪を基礎づける録音テープ以外の証拠の存在が認められるものではあるが、当該テープも有罪判決を基礎づける証拠として用いられたことに変わりはないことから、本件事案において人権条約6条違反が認められる。

以上の Pettiti 判事の少数意見は、捜査機関の証拠収集手段に違法性がある場合には、端的にこれを許容してはならないとするものであるが、人権裁判所において公正性が判断される場合に、総合的判断が行われる。これは、国内法違反が認められる場合のみならず、たとえ人権条約6条に違反する個別的事情が認められる場合においても、手続全体の公正性が損なわれているとはいえないことがあるとするものである。それでは、人権裁判

所において如何なる事情が考慮され手続の公正性判断が行われているのか、以下検討する。

②国内法に対する違反

記述の通り、人権裁判所において証拠法に関わる問題は、原則として国内法の問題であると捉えられている。それ故、人権裁判所は違法に収集された証拠排除に関する明確な基準を示さず、あくまでも総合判断において手続自体の公正性を審査するという姿勢をとる。

以上に関して、人権裁判所は、各条約加盟国の法適用について審査を行い、証拠排除の判断を行うことができるのかが問題となる。人権条約 19 条は、人権裁判所には各条約加盟国に対して、人権条約上の義務を履行させる権能があることを規定するものではあるが、これは人権条約に関わるものに限定される。すなわち、人権裁判所は、各条約加盟国の国内法及び他の国際条約の遵守を求める権能を有するものではないとされるのである。⁽³⁷⁾ 各条約加盟国の国内裁判所の判断について、その事実誤認及び法律違反等に関わる審査を行うことは認められない。各条約加盟国における刑事捜査・訴追機関等に対して、各機関が人権条約に反する行動を行っている場合を除いて、人権裁判所がその判断を遵守するよう直接求めることはできない。以上のことは、各条約加盟国の国内裁判所に対しても同様のことがいえ、刑事手続における恣意的運用が行われている場合を除いて、国内裁判所の判断に人権裁判所が直接介入することは認められないのである。⁽³⁸⁾ 以上見たように、人権裁判所は各条約加盟国の国内裁判所の判断について審査する直接の権限を持たない。しかしながら、これは人権裁判所が国内裁判所の行う国内法に関わる判断に拘束されることを意味することではないことに留意する必要がある。いわゆる **Kahn** 判決において、人権裁判所は証拠収集手段の違法性について判断を行ったものであるが、それは明確に国内裁判所の判決を意識したものであった。以下では **Kahn** 判決について見てい

(37) *Mihailov v Bulgaria* (App 52367/99)(21 July 2005) para 33.

(38) *Sisojeva and Others v Latvia* (App 60654/00)(15 January 2007) para 89.

くことにする。

③ Kahn 判決⁽³⁹⁾

いわゆる Kahn 判決における事実の概要は以下の通りである。⁽⁴⁰⁾

申立人 Kahn は、マンチェスター空港の税関において、そのいとこ（以下 A とする）と共に麻薬の携行に関する嫌疑を理由に捜索を受けた。両人は、ともにパキスタンからの便でマンチェスター空港に到着したものである。捜索の結果、A がコカイン 100,000 ポンドを所持していることが発覚した。これを受けてサウスヨークシャーの警察部長は、申立人の友人宅に盗聴器を設置することを承認した。その後申立人は、当該友人宅を訪問したが、申立人、友人（以下 B とする）共に盗聴器の存在を認識しておらず、当局から監視されていることに気づいていなかった。友人との会話から申立人が A を通じて麻薬の密輸に関与していたことが発覚、申立人は身体拘束され刑事訴追されることになった。なお、当該訴追に際して、申立人は自らの犯行事実について自白を行っていない。訴追側は盗聴という捜査手法を用いたことが、A の占有権侵害に当たることを認めたものではあるが、申立人は盗聴により録音された音声の中に自らの声が含まれていることを認めた。裁判官は、予備審問手続 (voire-dire procedure) において当該録音テープの許容性について審査を行った。その際に訴追側は、当該テープの存在なくして申立人に対する刑事訴追を行うことはできなかったことを認めたが、裁判所はこれを許容する判断を行った。結果として、申立人には有罪判決がくだされ、3 年の自由刑が宣告された。これに対して申立人による上訴が行われたが退けられている。

以上の事案について、人権裁判所は捜査当局による録音行為が人権条約 8 条に違反することを認めている。本件事案において、当時のイギリス法は、盗聴に代表される、捜査当局によって秘密裏に行われる音声の収集・録音

(39) *Kahn v. the United Kingdom* (App 35394/97)(12 May 2000)

(40) Kahn 判決の検討に際して、笹山文徳「イギリス刑事手続における違法収集証拠排除の根拠論」同志社法学 68 巻 4 号 191 頁以下を参照した（2016 年）。

等に関して明確な要件を定めていなかった⁽⁴¹⁾。以上について、いくら捜査のために行われるものとはいえ、私人のプライバシーに対する侵害を伴う行動が許容されるための条件が定められていなければならない、捜査機関はこれに合致した行動をとることが求められる。これは、人権条約 8 条からの要請であり、個人のプライバシー保護のために必要となる⁽⁴²⁾。

また、本件事案において、人権裁判所は人権条約 6 条の違反に関する審査も行っており、その際、先に紹介した **Schenk** 判決において示された証拠の許容性判断は基本的に国内法の問題として扱われるという原則を強調する。すなわち、捜査機関の行った盗聴を用いた捜査活動について、確かにこれを許容する規定が存在しないのではあるが、同時にイギリス法はプライバシー空間の保護に関する規定を有していないのであるから、当該捜査手法を用いた捜査機関の行動はイギリス国内法に違反するものではないとし、手続全体の公正性が損なわれてはいないと判断された。更に、本件事案において、申立人に対して自己に不利益な供述を引き出すようなわな及び詐術的方法が用いられてはおらず、B との会話はその自由意思に基づいて行われたものであることが認められている。以上のような理由からも、問題とされた捜査機関の行動は人権条約 8 条違反となることが認められたが、人権条約 6 条における公正な裁判原則に反するとまではいえないとき

(41) 以上について、内務省がいくつかの内規を定めていたが、これは捜査機関の行動を制限するものでも後の情報公開を求めるものでもなかった。Vgl. *Schneider* (Fn.33), S.39.

(42) 人権条約 8 条は、国家に対して個人のプライバシー領域の保護を求める規定である。刑事手続において、特に私生活及び住居の保護に関わるものが重要となる。以上に関して、例えば身体への侵襲を伴う捜査活動、家宅搜索等が想定されるが、これら刑事捜査・訴追機関の活動が許容される要件について、事前に立法的措置がとられていることが求められる。法的要件について、比例制原則に則ったものでなければならないことはもちろんではあるが、必ずしも明文の規定によるものであることは要求されず、裁判官によって判決等において示されたものでも良いとされる。Vgl. *Meyer-Ladewig/ Nettesheim/ von Raumer*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.Aufl. 2017, Art.8 Rn.1-6.

れたのであろう。⁽⁴³⁾先にも述べたとおり、**Schenk** 判決において、問題とされる証拠が有罪判決を基礎づける唯一または重要なものであったかが人権裁判所の公正性判断にとって重要となるが、申立人と **B** の会話の録音について、人権裁判所はこれが有罪判決を基礎づける唯一の証拠であることを認めるものではあるが、当該証拠の信用性は特に高いものであるとして、他の補強証拠を特に必要としないとされた。

また、予備審問手続及び上訴審において申立人に対して問題とされた証拠物の許容性について異議申立を行う機会が十分に認められていたことも、人権裁判所が人権条約 6 条違反を認定しなかった理由であろう。認定された事実によれば、申立人の主張はイギリスの国内裁判所において十分に検討されたが、いずれも理由がないとして退けられたとされる。人権裁判所は、これらの理由を総合的に鑑みて本件事案における人権条約 6 条 1 項に違反する事実は認められないものであると判示した。

以上のように **Kahn** 判決において、人権裁判所は公正な裁判原則違反は認められないとしたが、これに対しては **Loucaides** 判事の少数意見が付されている。

Kahn 判決における多数意見は、捜査当局の行動が人権条約 8 条に違反するとしながら、これを通じて得られた証拠に基づいて有罪判決を下すことを認めている。しかしながら **Loucaides** 判事は、本件事案において捜査当局の行動は人権条約 8 条違反に該当することはもちろん、人権条約 6 条 1 項にも違反するとされなければならないと結論づける。というのは、条約加盟国における人権条約の国内法制化措置が行われていなかったことを、あたかも正当化できるかのような理由を後付けで考えることは許されず、人権条約 8 条に違反する捜査当局の行動を最終的に公正と見なした場合、当該活動の再発防止が行えるかといった観点からも疑問が残り、多数意見における結論には賛成できないとされた。更に **Loucaides** 判事の少数意見は、人権条約に違反する行動を通じて得られた証拠物を原則として手続か

(43) *Schneider* (Fn.33), S.60.

ら排除すべきであるとする。

(2) 総合判断論 (Die Gesamtbetrachtungslehre)

①総合判断論概説

先に見た人権裁判所の判断に拠れば、各条約加盟国の刑事手続において人権侵害に起因する何らかの瑕疵が認められる場合においても、これは基本的に国内法の問題として処理されなければならない。しかしながら、当該瑕疵に対して有効となる国内法的手段が存在しない場合には、人権条約上の規定を用いてこれを解決することが可能となり、各条約加盟国には人権条約上の基準に合致した刑事手続上の運用が求められることになる。上記の場合に特に重要となるのが人権条約 6 条を根拠とする公正な裁判原則ではあるが、その適用については慎重な姿勢が求められており、同原則はいつてみれば人権侵害に対する非常ブレーキのような役割を果たすものであると指摘がされる。それ故、人権条約 6 条に列挙された個別的権利の侵害があった場合でも、これから直ちに公正な裁判の実現が阻害されたということとはできない。以上についてより具体的に見ると、人権条約 6 条 1 項 1 文が総体的権利 (Gesamtrecht) としての公正な裁判を求める権利について規定している。対して、6 条 1 項、2 項、3 項において個別的権利 (Teilrechte) についてそれぞれ言及され、人権裁判所判決によって発展的に理解されてきた。これら個別的権利は、総体的権利とされる公正な裁判を求める権利を実現させる為に必要なものであるとして理解され、公正な裁判の実現に寄与するものであるとされる。人権裁判所は、手続が総合的に公正であることをもと求めるものであり、人権条約 6 条 1 項、2 項、3 項が規定する個別的権利並びに同条 1 項 1 文における総体的権利から直接的に演繹される法的地位が共に保障されなければならないとする⁽⁴⁴⁾。公正性審査に際して、

(44) しかしながら、個別的権利については他の要素との比較衡量によって、その制限が認められる場合があるものとされている。人権条約 6 条 1 項、2 項、3 項において個別的権利として規定されるものについても、同条 1 項 1 文（総体的権利）からも演繹されるものがあるとされるが、これは当該権利の制限を原則認めないと

人権裁判所が用いる手法が総合判断論であり、ここでは常に手続全体、すなわち公判手続のみならず、捜査手続等における事情をも考慮した判断が行われることになる。人権条約 6 条 1 項から 3 項における個別的権利が侵害された場合、人権裁判所が総体的権利から直接に演繹できると判断する法的地位の侵害が確認される場合に人権条約違反を認めることができるが、あくまでも裁判全体の公正性については総合的に判断されることになる。人権裁判所は、条約加盟国に対して人権条約違反の判決を下す際に、理論的明確性よりも結論の妥当性 (Plausibilität) を優先させる傾向にある。例えば、人権条約 6 条に関する複数の違反が申し立てられた場合においても、それぞれの理由についての個別的判断を行うことはほとんどなく、単に人権条約 6 条違反を認定する場合がほとんどである。これらのことから、人権裁判所の判断、特に総合判断論に関わる部分について、人権条約に関する解釈の明確性を損ない、その実効性をも失わせかねないものであるとの批判がされた。⁽⁴⁵⁾ 総合判断論自体については、汎ヨーロッパの人権基準の構築にとって有益であること、手続の初期段階における瑕疵がその後の手続において治癒される場合を考慮することができる等のメリットが指摘されるが、公正性基準は不明確に過ぎその有用性は低いとの批判がされる。⁽⁴⁶⁾ 同様の批判は実務からも向けられ、裁判所に幅広い裁量が認められるため、本来の公正性基準からの不当な逸脱を招くものであるなどと主張される。⁽⁴⁷⁾ しなしながら、もっとも批判されなければならないことは、人権裁判所が明確な判断をしないことを理由として、人権条約に基づく基準を狭く解釈しその意義を減退、失わせることである。実際に、何らかの問題について

する人権裁判所の立場の表れであろう。

(45) *Gaede*, HRRS 2008, 283.

(46) *Gaede*, *Fairneß als Teilhabe*, 2007, S.430f.

(47) *Esser* (Fn.29), S.860ff.

(48) *Rzepka*, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, 2000, S.103.

一方で、汎ヨーロッパ的規範の構築にとって、総合判断論は有効であるとの指摘もある。以上について拙稿・前掲註(2)・131頁以下参照。

(49) *Kühne/Nash*, JZ 2000, 996.; *Schneider* (Fn.33), S.40.

人権裁判所が解釈の余地を残すような判断をした場合、これをあえて狭く解釈しリスクを回避するという手段がとられてきた。以上の事態を放置すれば、総合判断論は、人権条約をもたらす変化を拒む条約加盟国の望む結果（人権条約に違反するような制度維持）をもたらす抜け道のような存在となってしまうだろう。人権条約は、条約加盟国において国内法制化され、発展的に理解されなければならないものであり、人権裁判所への異議申立はあくまでも補助的、緊急的手段と考えられなければならない。国内法制化の際に、一定の裁量権が認められる場合があるが、これはあくまでも公正な裁判原則の要請の範囲でのみ認められるものであり、自国に都合の良い人権条約の解釈を認めるものではない。国内裁判所は、人権裁判所が明確な判断を行うまでただ待つのではなく、人権条約の解釈を積極的に行う必要がある。各国の国内裁判所は、人権条約を発展的に解釈し、人権裁判所が求める人権保障基準の代弁者となり、かつこれを実践する方法を提示しなければならない。そうしなければ、人権条約が示す基準を満たした刑事司法制度を構築することはできない。

②総合判断論の具体的内容

人権裁判所における裁判の公正性審査の際、原則として総合判断論が用いられ、当該手続全体の公正性が維持されているかが問われる。証拠の許容性及び信用性に関わるものについて、先に紹介した **Schenk** 判決がリーディングケースとされており、ここで示された基準は現在まで維持されている⁽⁵¹⁾ といつてよい。人権裁判所の用いる総合判断論の具体的内容について、証拠の許容性及び信用性に関わる問題としては、審査対象となる手続において、被疑者・被告人に対して証拠の許容性、信用性について争う機会が認められていたかが重要な基準となる⁽⁵²⁾。何故、以上の要素が公正性審査に際

(50) *Gaede* (Fn.45), S.284.

(51) *Schneider* (Fn.33), S.49.

(52) 以上に関して、人権裁判所は、あくまでも人権条約を担保するための司法機関であり、条約加盟国における最上級審裁判所の更なる上級審というわけではない。それ故、人権裁判所の判断は、国内手続において証拠の許容性及び信用性を争う

して重要となるのか判然としないとの指摘もあるが、Schenk 判決以外にも、先に検討した Kahn 判決等から人権裁判所が「証拠について争う機会」を重要視していることを読み取ることができ、これが認められない場合には当該証拠の許容性を否定する訴訟法上の規定及び法則の構築を求めていると考えることもできる。⁽⁵³⁾ 更に、いわゆる Heglás 判決において、人権裁判所は以下のように判示した。⁽⁵⁴⁾ すなわち、裁判の公正性について総合的判断が行われるに際して、防御権保障が行われたかが考慮されなければならない。以上について、まず、申立人が証拠の許容性について質問し、かつその利用について異議を申し立てる機会が認められたかが審査される。更に、証拠収集について、それが証拠物の信頼性及び正確性に疑問を生じさせるような状況で行われたものではなかったかが問われる。ただし、問題となる証拠物が他の証拠によって補強されていない場合でも、公正性が問題とならない場合、かつ当該証拠物に確実性が認められ証拠能力、証明力に疑いがない場合には、これを補強する証拠の必要性はそれほど高いものではないとされ、被疑者・被告人の「証拠について争う機会」が認められたか否かが総合判断論にとって重要な要素であることが再度確認されている。人権条約 6 条 1 項の規定から、訴追側、防御側の間に機会対等、武器対等が求められることに鑑みれば、被疑者・被告人にとって自らの訴追に用いられる証拠の許容性、信用性を争う機会が認められなければならないという結論は納得できるものであり、公正な裁判の実現にとって必要な要素となろう。また、Schenk 判決は、問題とされる証拠が有罪判決を基礎づける重要な証拠である場合、その信用性判断は慎重に行われるべきであり、基本的に有罪の事実の立証には他の補強証拠を必要とすることを示唆するものである。しかしながら、Kahn 判決、Heglás 判決等において、被疑者・被

機会が被疑者・被告人に認められていたかというものに限定される。先に挙げた Schenk、Kahn 判決に加えて、例えば Bykov 判決においてもこのことがうかがわれる。(Bykov v Russia (App 4378/02)(10 March 2009) para. 95)

(53) Schneider (Fn.33), S.52.

(54) Heglás v Czech Republic (App 5935/02)(1 March 2007)

告人に対して十分な「証拠について争う機会」が認められており、かつ当該証拠の信用性が高いと判断された場合には、他の補強証拠を必要としないとの判断がされている。また、⁽⁵⁵⁾Allan 判決、⁽⁵⁶⁾Bykov 判決等においても、被疑者・被告人に対して十分な「証拠について争う機会」が認められたかが重要となる旨の判断がされており、これが総合判断論にとって重要な基準⁽⁵⁷⁾であることに疑いはない。

また、その他考慮すべき要素として、公益保護と公正な裁判原則の関係性が重要となる。⁽⁵⁸⁾2000年以降、人権裁判所において公益を考慮することによって公正な裁判原則の適用例外を認める可能性が示された⁽⁵⁹⁾が、公益、特に刑事訴追に関わる利益を考慮することによって、公正な裁判原則違反を理由とする証拠排除を制限的に運用することの当否について、慎重に検討されなければならない。確かに捜査機関の不手際を理由として、有罪の高い蓋然性が認められる場合においてさえ被告人が無罪となるという結論を認めることは、人権保障の必要性を十分に考慮したとしても、社会全体にとってバランスを欠き行き過ぎた補償であるという見方をすることもできよう。しかしながら、社会全体を揺るがすような自体、例えば法治国家原則に反する刑事捜査・訴追機関が行われた場合にのみ、公正な裁判原則の違反を理由とする証拠排除が行われることが求められるのであろうか。⁽⁶⁰⁾記述の通り、裁判における結果の公正性は手続の公正性を経てもたらされるべきものである。換言すれば、有罪判決を正当化する為には、捜査機関による証拠収集活動をも含めた手続の公正性が担保されなければならない。人権条約上の規定からの要請は、過大なものではなくむしろ国家が遵守す

(55) *Allan v The United Kingdom* (App 48539/99)(5 November 2002)

(56) *Bykov v Russia* (App 4378/02)(10 March 2009)

(57) 以上の指摘について、*Schneider* (Fn.33), 53-55.

(58) *Gaede* JR 2008, 501.

(59) 特に *O' Halloran and Francis v United Kingdom* (App 15809/02 25624/02)(29 June 2007) について、笹山・前掲註(40)・195頁以下参照。

(60) *Gaede* (Fn.58), S.501.

べき最低限基準であることを考えると、第三者、そして刑事訴追に関わる利益を最大限考慮したとしても、人権条約の要請を満たしていない行動を通じて得られた全ての証拠に基づく有罪判決を正当化することはできず、このような場合には裁判の公正性は維持されていないと判断されるべきである。更に、被疑者・被告人に対して公正な裁判を求める権利を保障することこそが、有罪判決及びそれに基づく刑罰の執行を正当化する根拠と解するのであれば、刑事捜査・訴追機関においても同権利の補償に関する十分な具体的措置を講ずる義務が認められることになる。国家には、刑事捜査・訴追といった公的利益を保護する義務があるのと同時に、その構成員としての国民に認められる基本権を補償する義務が課せられる。特に、刑事捜査・訴追に関する国家的活動が実行される際、その性質からいきおい対象となる個人の権利・利益への侵害が生ずる高い可能性が認められる。刑事捜査・訴追という重要な公的利益を担保するためとはいえ、その犠牲として被疑者・被告人を国家的活動の単なる客体として扱うことは認められない。以上のような観点からも、被疑者・被告人に対する公正な裁判を求める権利の保障を第一として、刑事捜査・訴追機関の行動が行われることが求められる。確かに、刑事捜査・訴追活動が行われる際に不正な行動が行われたとしても、これが常に捜査官等の故意によって惹起されたものではないだろう。しかしながら、当該活動が例え過失によって引き起こされたものであるとしても、国家がその責任を負い将来における抑止のための措置を講じなければならないことには変わりはない。いずれにせよ肝要なのは、公益保護を重視するあまり被疑者・被告人の基本権に由来する権利侵害が見過ごされてはならず、万が一そのような事態が生じる結果を招いた場合には、国家による十分な補償が行われることが必要になるということである⁽⁶¹⁾。

(61) 補償の形態については、証拠排除、刑の減輕、金銭による補償等が考えられるが、実現の方式については各国の刑事司法に一定の裁量が認められることになる。しかしながら、裁量権が認められる範囲について、公正な裁判原則の要請を満たす範囲に限られることになることはいうまでもない。

(3) 総合判断論における特別な考慮要素

上記のように人権裁判所は、通常、裁判の公正性審査について総合判断論を用いるものではあるが、特定の個別的権利及び事情が関係する事案においては、これらの要素を重視した判断が行われる。具体的には、自己負罪拒否権の侵害があった場合（詐術的行為によって不利益供述を引き出した場合等も含む）、並びに人権条約 3 条違反、すなわち捜査機関等によって拷問行為が行われた場合がこれにあたる。更に、おとり捜査等を通じて犯罪誘発行為が行われた場合⁽⁶²⁾、人権条約 6 条 3 項 d の違反、すなわち被疑者・被告人に対して反対尋問権の保障が行われなかった場合も同様であり、これら個別的権利の侵害から総体的権利としての公正な裁判を求める権利の侵害が認められることがある。

①人権条約 3 条違反と公正な裁判原則

人権条約 3 条は拷問の禁止について規定するものであるが、同条の規定は自己負罪拒否権の問題とも深く関わるものである。人権裁判所は、自己負罪拒否権の保障を絶対的なものとしては捉えず、他の権利主体との関係において相対化されうるものであると考える⁽⁶³⁾。しかしながら、同権利の保障について、刑事捜査・訴追機関の利益保護を理由にこれを相対化することは基本的には認められないと考えるべきである。それ故、刑事手続において、自己負罪拒否権は事実上被疑者・被告人に認められる絶対的な権利であると考えることができ、これに反するような刑事捜査・訴追機関の行動は認められないことになろう⁽⁶⁴⁾。

以上に関して、自己負罪拒否権と公正な裁判原則について、いわゆる *Jalloh*⁽⁶⁵⁾ 判決の内容を概観し、若干の検討を加える。

(62) 人権裁判所におけるおとり捜査の取り扱いについて、内藤大海「おとり捜査の違法性判断を巡る欧州の動向 — 欧州人権裁判所の判例理論を参考にして —(1),(2)」熊本法学 131,132 巻 175-213,131-163 頁（2014 年）が詳細な検討を行っている。

(63) *Schneider* (Fn.33), S.93.

(64) *Schneider* (Fn.33), S.93.

(65) *Jalloh v Germany* (App 54810/00)(11 July 2006)

ドイツにおいて申立人 Jalloh は、麻薬の密売に関わる嫌疑を理由に警察の監視対象となっており、密売方法が如何なるものであったかについて捜査がされていた。捜査の結果、申立人が口腔内に隠匿されたプラスチックの小袋に入った麻薬を取り出した後、他者に手交するところが確認された。申立人は、麻薬密売を理由に逮捕されたが、なおその口腔内には他の麻薬が隠匿されていることが疑われていたのである。それ故検察官は、医師に申立人に対する催吐剤投与を指示しこれを実行、申立人は 0.2182 グラムのコカインの入ったプラスチック製小袋を吐き出した。引き続いて、申立人は勾留されることになったが、その際にその身体が勾留に耐えるものではないとの主張がなされた。後の胃カメラを用いた検査で、申立人の食道に胃液の逆流による炎症が確認された。申立人には、麻薬の密売を理由に有罪判決が下され、1 年の自由刑が宣告されたが、その執行は申立人の保護を理由に中断されたものである。国内裁判所は、捜査段階で用いられた催吐剤の投与について、比例制原則の観点から許容されるとし、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a によって正当化されるものとした。

後に上訴が行われ、申立人に対する刑期は六月に減輕されたが最終的に有罪判決は維持された。引き続いて申立人が行った、用いられた捜査手法がドイツ基本法 1 条 1 項、同 2 条 1、2 項等に反するとして提起された憲法訴訟についても理由がないものとしてその主張は退けられている。申立人は、以上の国内裁判所における判決を不服として人権裁判所に提訴している。結果として、人権裁判所は捜査機関の行動が人権条約 3 条及び 6 条に違反するとの判決を下している。

人権裁判所における人権条約 3 条違反に関わる判断に際して、問題とされる捜査官等の行為それ自体に着目して審査が行われる。すなわち、同条が禁止する拷問及び屈辱的、非人道的な行為が行われた状況の如何に関わらず、行為それ自体の性質、内容が人権条約 3 条の禁止するものであったかが重要となる。人権裁判所の判断によれば、故意に身体的傷害を加える、

(66) Dörr, JuS 2007, 264, 265

1時間以上に渡り中断することなく集中的な身体的または精神的苦痛を加える行為が行われた場合、当該行為は人権条約3条に抵触するものであるとされる。更に、対象者に恐怖の感情を芽生えさせること、過度な圧迫感を生じさせること、身体的または精神的な抵抗ができなくなる可能性のある行為を行った場合、これが人権条約3条の禁止する屈辱的行為であると判断される可能性があるとされている。人権条約6条との関係においては、これら拷問及び屈辱的、非人道的な行為を通じて得られた証拠物の取り扱いが問題となる。人権裁判所は、証拠の許容性判断について、これが国内法の問題であるとの立場にたつが、人権条約3条に違反する行為を通じて得られた証拠物が刑事手続において許容されることは決して許されないと結論づける。具体的には、拷問にあたる不当な暴力行為、残忍な行為を通じて得られた自白及びその他の証拠を用いて被疑者・被告人の刑事訴追を行うことは、例え当該自白等に高い信用性が認められる場合においても決して許されないとした。

②犯罪誘発行為と公正な裁判原則

人権裁判所において、国家による犯罪誘発行為 (Tatprovokation) が行われた場合、これが人権条約6条に違反することがあるとされる。犯罪誘発行為について、当該行為が行われなかったとしても当該犯罪が行われたか否かということが、主に嫌疑性の有無という基準に照らして判断されている。とはいえ、警察官による積極的な麻薬購入の申出があった事例において犯罪誘発行為の存在が肯定されるなど、刑事捜査・訴追機関によって当該犯罪が主導されたという事情までは、犯罪誘発行為の認定に求められていない。⁽⁶⁷⁾ 人権裁判所において、国家機関による行為者を犯罪行為に向かわせる重大な刺激の有無という基準についても言及されるが、その内容には曖昧な点も残るといふ指摘もある。近年では *Furcht* 判決において⁽⁶⁸⁾、国家による犯罪誘発行為を通じて当該行為がなければ犯罪を行わなかったである

(67) *Schuska*, Rechtsfolge des Verstoßen gegen Art.6 EMRK, 2006, S.61.

(68) *Furcht v Germany* (App 54648/09)(23 October 2014)

う者に犯罪を実行させた場合において、そこから得られた証拠物を用いて当該行為者を刑事訴追することは公正ではないものといえ、当該証拠物は手続から排除されなければならないものとされた。以上のように、犯罪誘発行為の認定基準については未だに議論が残るが、人権裁判所において当該行為の有無が裁判の公正性判断にとって重要視されていることは間違いない。

③反対尋問権の保障と公正な裁判原則

記述の通り、人権裁判所が行う裁判の公正性に関わる総合判断、特に証拠の許容性、信用性判断にとって、人権条約 6 条 3 項 d における反対尋問権の保障が重要となる。以上に関して、近年ではいわゆる Haas 判決が興味深い。⁽⁶⁹⁾本件は、ルフトハンザ機へのハイジャックに関わるものであり、Monika Haas が被告人として訴追された。ドイツ国内裁判所において、Haas に対して航空輸送に対する攻撃及び人質罪、殺人未遂の幫助などを理由に 5 年の自由刑が宣告されたが、その有罪判決を基礎づける証言はレバノン当局によって勾留されている者によって行われたものであり、その身柄がドイツ当局へ引き渡されることはなかった。それ故、当該証人がドイツにおける裁判に出廷することはできず、裁判所による尋問はもちろんのこと、Haas が当該証人に直接尋問する機会が認められることはなかった。当該証人による証言は、ドイツ連邦捜査局の捜査員によって公判手続にもたらされたものではあったが、ドイツ国内裁判所はその信用性を高く評価し、Haas の有罪判決を基礎づける重要な証拠として採用したのである。

本件事案において、人権裁判所は被告人に認められる反対尋問権は人権条約 6 条 1 項からも導出される公正な裁判の実現にとって重要な権利であるとした。更に、本判決においても、証拠の許容性、信用性の問題は基本的に国内裁判所の判断に委ねられるとされ、人権裁判所の関心は手続全体の公正性であることが示されている。その上で、原則として証人は被告人の在廷する法廷内で証言しなければならず、被告人には反対尋問を通じた

⁽⁶⁹⁾ *Haas v Germany* (App 73047/01)(17 November 2005)

証言の信用性等を争う機会が認められなければならないとされたが、本件事案においては問題とされる証人への直接の尋問が事実上不可能であること、かつ証人の証言以外にも被告人の有罪を基礎づける証拠が存在したことなどを理由として、当該証言は手続から排除される必要はないと判断された。以上の判断は、被告人と証人それぞれの生存及び自由等に関する権利、利益が考慮されなければならないとの考えに基づいているもので、人権裁判所の判断において被疑者・被告人の人権保障が他の利益と比して絶対的に優先するものではないことを示唆するものであるといえよう。確かに、被疑者・被告人の権利利益の保護を過度に強調し第三者の利益及び公的利益が不当に侵害されることは好ましいものであるとはいえないし、当該瑕疵を裁判の適切な証拠評価で治癒することができる場面も想定できるが、刑事捜査・訴追機関が故意、または過失によって被疑者・被告人に対して十分な反対尋問の機会を提供することができなかつた場合には、やはり証拠排除によってその瑕疵を治癒すべきではないか。⁽⁷⁰⁾

④他の人権条約上の規定との関係

人権裁判所における裁判の公正性審査について、人権条約 6 条以外にも拷問及びその他非人道的行為の禁止に関わる同 3 条の規定が重要となることは既に述べた。この他にも、人権条約 8 条との関係が考慮されることがあり、特に刑事捜査・訴追機関等、国家機関による個人のプライバシー空間への侵害を伴う活動に対する規制との関係が考慮される場合がある。人権条約上の規定は、人権裁判所においてそれぞれ独立に解釈されるものではあるが、これは人権条約 8 条違反となる行動を通じて得られた証拠が排除される根拠を人権条約 6 条に求めることができないことを意味するものではない。人権条約 6 条の規定が公正な裁判原則について定めており、その審査には総合判断論が用いられることは記述の通りであるが、人権条約 8 条に関わる要素もこれに含まれるのである。先に見た Kahn 判決のよ

(70) EGMR, NStZ 2007, 103.

(71) Schuska (Fn.67), S.135.

うに、刑事捜査・訴追機関によって人権条約 8 条違反となる行動がとられた場合においても、総合的には人権条約 6 条違反とはならないとする判断が人権裁判所において行われることがままあるが、疑問である。確かに、人権条約上の規定は、それぞれが独立して理解されなければならない。しかしながら、これは換言すれば人権条約上の個別の要請は、全て人権保護という人権条約における目的を達成するために不可欠の規定であると考えられることもでき、これら個別規定に抵触する国家機関の行動を総合判断の名の下に看過することは認められないはずである。人権条約上の規定を国内法制化し、これを実現する義務が条約加盟国には課せられる。それ故、ある条約加盟国が人権条約 8 条からの要請を満たすことができなかった、もしくは当初からそのつもりがなかった場合、この誤った解釈によって当該国家の司法の機能性が失われていると評価されることになるはずである。⁽⁷²⁾ 各条約加盟国には人権条約 8 条の規定を遵守した制度的保障の構築を行うことが求められるのであり、その為の十分な措置がとられていない場合には、当該手続において公正な裁判原則からの要請が満たされているとはいえないように思われる。

(4) 小括 —— ヨーロッパ人権裁判所における証拠判断基準 ——

以上見たように、人権裁判所は、裁判の公正性判断について総合判断論を用いる。総合判断論にはその基準が曖昧であるなどの批判がされるが、人権裁判所は違法な証拠採用及び違法な手段を用いて収集された証拠を用いることを許容する若しくは黙認しているわけではない。裁判所が違法な証拠を採用すること及び判断の基礎として用いることは、人権条約上の個別的権利のみならず、相対的権利である公正な裁判を求める権利それ自体を侵害するものである可能性が認められる。⁽⁷⁴⁾ 人権裁判所は、申立のあった全ての事件について、手続の公正性が維持されたかを判断している。証拠

(72) *Gaede* (Fn.58), S.501.

(73) *Gaede* (Fn.58), S.501.

(74) *Gaede* (Fn.58), S.494.

排除に関していえば、被告人の訴追に用いられた証拠について、その収集手段及び評価方法等が人権条約 6 条に反するものでなかったかを個別に審査している⁽⁷⁵⁾のである。

人権裁判所が用いる総合判断論について、特に証拠の許容性、信用性に関わるものについては、以下の立場がとられているといえよう。問題とされている証拠の信用性が高ければ高いほど、当該証拠によって証明された事実の真実性が増すことになる。しかしながら、証拠の信用性が低い場合には、これによって証明された事実の真実性には疑問が生ずることになり、これを補強するために他の証拠が求められることになる。証拠の信用性判断については、証拠の性質及びその獲得された状況が考慮されなければならないが、当該証拠が私人によって獲得されたものであるのか、捜査機関等、国家機関によって獲得されたのかも重要な判断要素となる。証拠の信用性に疑いがある場合には、刑事手続における早期の段階において、被疑者・被告人⁽⁷⁶⁾に対してこれを争う機会が認められたかが問題となる。

以上のように、人権裁判所において総合判断によって裁判の公正性が審査されることになるが、拷問及び他の類似行為⁽⁷⁷⁾によって証拠が獲得された場合、その許容性は常に否定されることになる。これに加えて、国家による犯罪誘発行為が行われた場合においても、当該行為を通じて得られた証言等の許容性、信用性を否定する判断が行われる傾向にあるが、自己負罪拒否権の侵害が疑われる全ての場合に公正な裁判原則違反が認められるわけではない。また、「証拠について争う機会」について、反対尋問権の侵害が疑われるような場合においても、証人等の利益、刑事捜査・訴追に関わる公的利益等との比較衡量的判断が行われ、証拠の許容性、信用性が損なわれていないと判断されることがある。

以上見たように、人権裁判所における裁判の公正性判断について、拷問の禁止等、絶対的審査基準となるものも存在するが、基本的には手続の全

(75) *Gaede* (Fn.58), S.495.

(76) *Schneider* (Fn.33), S.51.

(77) *Schneider* (Fn.33), S.49.

事情を考慮した総合判断が行われている。これは、ヨーロッパ的規範の構築にとっては有益であるとの意見もあるが、一方で総合判断の名の下に人権条約に抵触する刑事捜査・訴追機関の行動を不当に許容するものであるとの批判もある。人権条約6条1項が保障する公正な裁判を求める権利は、最低限必要な権利保障を通じて被疑者・被告人の法的地位を保全するものである。その為には、刑事捜査・訴追側と被訴追者である被疑者・被告人の刑事手続における実質的な武器対等・機会対等が保証されることが前提となると考えられており、人権条約上の違反が認められるのにもかかわらずこれを看過された場合には、既に当事者間の実質的な武器対等・機会対等は存在しないということになる。刑事捜査・訴追機関の行動が公正な裁判原則に違反する場合はもちろん、人権条約上の個別規定に違反する場合においても、当該活動を通じて得られた証拠の許容性、信用性は否定されるべきであるとする主張もあるが、これに関する人権裁判所の態度は必ずしも明確ではない。⁽⁷⁸⁾

4. 刑事手続における公正な裁判の実現と証拠判断

(1) 人権裁判所における公正性判断

①公正な裁判原則における衡量可能性

先にも述べたとおり、結果の公正性は公正な手続を通じてもたらされたものでなければならず、以上の命題は刑事手続においても妥当するものである。

刑事手続上の結果は、全て証拠に基づいてもたらされなければならないものであるから、当該証拠に公正性が認められない場合には、これに基づく刑事手続上の結果に関する公正性にも疑問が生ずることになる。公正な証拠による公正な証明によらなければ、公正な裁判の実現が行われたとはいえない。

(78) *Gaede* (Fn.58), S.502.

以上に関して、手続の公正性が維持されたといえる為には、どのような基準に合致した運用がされなければならないかが問われるが、ヨーロッパ域内の刑事手続において、人権条約 6 条を根拠とする公正な裁判原則が重要な指針を示すものとされている。刑事手続における目的として、事案の解明及び真実の発見といった要素が軽視されてはならないが、⁽⁷⁹⁾同時に刑事手続上の真実の危うさについても認識されなければならないが、必罰主義的な考えに基づく刑事手続の運用は厳に慎まなければならない。我が国においても、アメリカ法の影響を受けた適正手続論が主張され、刑事捜査・訴追主の対象となる被疑者・被告人の人権保障への重要性が説かれて久しいが、ヨーロッパにおいても公正な裁判原則の重要性が認識されるに至り、被疑者・被告人の人権保障を基軸とした権利及び制度的保障が行われることを前提とした刑事手続上の運用がされなければ公正な裁判の実現はあり得ないとの理解がされている。人権条約 6 条を根拠とする公正な裁判原則の具体的内容は多岐にわたるが、そのいずれもが被疑者・被告人の人権保障に根ざした刑事手続の運用を前提とするものであり、刑事手続においてその遵守を求められる最低限基準として理解されなければならない。しかしながら、人権裁判所における公正性判断について、総合判断論が用いられており、公正な裁判原則を構成する個別の権利が侵害された場合においても、このことをもって直ちに公正な裁判の実現が阻害されたと判断されない場合があることは既に述べたとおりである。これは、公正な裁判原則を構成する要素の中に衡量可能性が認められるものがあることを示唆するものである。

②総合判断論における絶対的基準と相対的基準

公正な裁判原則は刑事手続において遵守されるべき「最低限基準」を示すものであるということを前提とすれば、公正な裁判原則を構成する個別的要素に関する何らかの違反が認められる場合には、直ちに公正な裁判の

(79) 例えば、わが国の刑事訴訟法 1 条において、事案の解明に対する要請について言及されている。また、ドイツにおいても刑事訴訟法 244 条が示すように真実の発見という要素は、刑事手続の目的の一つとして位置づけられている。

実現が阻害されたという結論を導くことができ、当該違反の原因となる国家機関の行動を通じて得られた証拠物は手続から絶対的に排除されなければならないということになろう。しかしながら、人権裁判所における公正性判断に際して、被疑者・被告人以外の第三者の利益、特に公的利益が考慮される場合がある。つまり、人権条約 6 条における公正な裁判原則は、人権条約の性格に鑑みて被疑者・被告人の人権保障を通じて公正な裁判の実現を図るものであるといえるが、人権裁判所の判断において人権保障からの要請が犯罪の解決及びそれに伴う刑罰権の確保、執行等に関わる公的利益に絶対的に優越するものではないことがうかがわれる。このことは、公正な裁判原則を構成する要素に関わる違法な手段を通じて収集された証拠であっても、当該証拠が有罪判決を維持する唯一の証拠となる場合には、これが排除されない場合があるとする人権裁判所の判断からも見て取ることができよう。⁽⁸⁰⁾

以上のように、人権裁判所における総合判断に際して、被疑者・被告人の権利保障と公益等との比較衡量が行われる場面が認められるのではあるが、一方で公正な裁判原則を構成する要素の中でその衡量可能性が認められないものも存在する。人権裁判所の判断によれば、人権条約 3 条における拷問の禁止に抵触するような国家機関の行動は、如何なる状況においても認められないものとされ、これは犯罪の制圧及び治安維持等公的利益はもちろんのこと、一般市民等段三者の生命、身体等に関わる利益を保護する必要であっても絶対的に許容されないとされる。公正な裁判原則は、ドイツにおいて人間の尊厳に保障に関わる基本法 1 条 1 項に国内法的根拠が求められることがあるが、拷問の禁止についても同様に人間の尊厳保障を理由に肯定される。⁽⁸¹⁾人間の尊厳保障について、かつてはその絶対的性格が強調された。しかしながら、近年では人間の尊厳には衡量可能性が認めら

(80) この様な場合においても、被疑者・被告人に対して、証拠の許容性及び価値について十分に争う機会が認められていることが前提となるが、人権裁判所が公正な裁判原則についての衡量可能性を認める立場をとることに変わりはない。

(81) 玉蟲・前掲註(6)・159 頁以下参照。

れないコア部分と衡量可能性が認められる周辺部分とに区別できるという主張がされる。人間の尊厳保障が刑事手続における公正な裁判原則の根拠になり得ると仮定した場合、同原則についても衡量可能性が認められないコア部分と衡量可能性が認められる周辺部分の存在を認めることができ、拷問の禁止等については前者にあたるが、他の要素の中には後者に分類され、公的利益及び第三者利益との衡量可能性が認められる場合があるという結論が導き出されよう。公正な裁判の実現を阻害するとされる基準について、拷問の禁止に並ぶもしくはこれに準ずるものとして自己負罪拒否権の侵害、国家による犯罪誘発行為、反対尋問権の保障が行われていない等の事情があれば、総合判断の際にこれが重視され、公正な裁判の実現が阻害されているとの判断が行われる傾向にある。

(2) 人権条約加盟国における公正な裁判原則と証拠排除基準

①公正な裁判原則の各条約加盟国における影響

前章までの検討を通じて、総合判断論の具体的内容を検討し、いくつかの特別な事情が介在する場合、これを重視した公正性判断が行われていることを明らかにしたが、人権裁判所における公正性判断について未だに不明確な点も多い。総合判断論は、法制度の異なる条約加盟国に汎ヨーロッパ的人権保護基準を適用する有効な手段となり得るが、一方で国内裁判所が人権条約を自国に都合の良く解釈する可能性を残す⁽⁸²⁾。確かに、人権条約上の規定に合致した法制度の構築について、その国内法制化の具体的方法については各条約加盟国に対して一定の裁量が認められているのではあるが、これはあくまでも人権条約の要請に合致する限度においてのみであり、人権条約の恣意的解釈によってその要請を無視することは認められない。それでは、人権条約加盟国において人権条約からの要請はどのように受け止められ、実現されているのであろうか。例えば、条約加盟国の国内裁判所において、人権条約違反を回避するために人権裁判所の示す基準を厳格

(82) EGMR, NJW 2001, 2694ff.

に解釈する傾向にあることが指摘される。というのは、人権条約違反が疑われるような捜査機関の行動は、そもそも国内法に違反する可能性が高いのであるから、人権裁判所による人権条約違反の判断を回避するためにこの様な措置がとられるのであろう。⁽⁸³⁾

②ドイツにおける証拠判断に対する公正な裁判原則からの要請

人権裁判所において公正な裁判原則違反が認められるための確立された基準は必ずしも明確に定立されたといえるまでには至っておらず、刑事手続における公正性基準については各条約加盟国における裁量に委ねられるところが大きく、これは同原則に関わる証拠法基準についても同様である。それ故、証拠判断に関する具体的な運用に際しては、まず各国における国内法が参照されることになる。

以上に関して、各国の国内法を根拠とする証拠法基準は、公正な裁判原則及びこれに関する人権裁判所に判断に合致するものでなければならない。例えば、ドイツ刑事手続における証拠採用手続に関して、その公正性が担保されている為の要件について論じられる際に以下の要素が重要となるとされる。⁽⁸⁴⁾

i. 刑事手続における法律主義 (das strafprozessuale Gesetzlichkeitsprinzip) からの要請

(83) 以上に関して、ドイツ連邦裁判所は、勾留中の被疑者の妻との会話を、一見監視設備が備わっていないように見える接見室において盗聴し、かつこれを証拠として用いたこと捜査機関の行動について、これが公正な裁判を求める権利を侵害するものであると判示した。ただし、その理由について自己負罪拒否権への侵害及びドイツ刑事訴訟法 136 条 a 違反等が認定されることはなく、総合的判断から人権条約 6 条違反となるものとされた。具体的には、勾留の状況、妻との秘密交通権の制限がされたこと、事件に関わるものとそうではない私的な会話を区別することが不可能であること等の事情が考慮されたものと考えられる。この様に、条約加盟国の国内裁判所において、あらかじめ過去に示された人権裁判所の示す基準について厳格に解釈し、刑事捜査・訴追機関の行動に関する違法判断を行う傾向にあることが認められる。BGH 1 StR 701/08 v.29.4.2009.

(84) *Esser, Mindestanforderungen der EMRK an den Strafprozessualen Beweis in Baustein des europäischen Beweisrechts*, 2007, S.44.

刑事手続における法律主義からの要請、特に人権条約との関係においては、私的及び家族生活並びに住居に対する侵害を伴う捜査機関等の行動の規制について定める 8 条の規定が重要となる。具体的には、身体への搜索、電話等の通信傍受、GPS 発信器の設置、住居等の搜索、潜入捜査官による捜査活動等⁽⁸⁵⁾について、これが許容される要件について定められていなければならない。更に犯罪誘発行為が行われた場合には、そこから直ちに公正な裁判原則の違反が認められることがある。

ii. 比例原則

更に、比例原則（民主主義国家における最低限度の要請）の観点から、刑事捜査・訴追機関の行動の目的と、当該行為によって侵害される虞のある被疑者・被告人の権利・利益との関係が検討されなければならない。すなわち、刑事捜査・訴追という公益追求のためとはいえ、不当に被疑者・被告人等、私人の権利・利益が侵害されてはならず、両者の調整が行われなければならないのである。

iii. 拷問の禁止

また、いかなる場合であっても、人権条約 3 条違反となる取調手法、特に拷問及び対象者の非人道的取り扱いに該当する行為が許容されてはならないことは当然である。

iv. 防御権保障

最後に、人権条約 6 条における権利保障について、被疑者・被告人の十分かつ効果的な防御権保障がされなければならない。また、その行使に際して、刑事手続において使用される言語の十分な理解が前提となることか

(85) 人権裁判所の判断によれば、国内刑事訴訟法規範における明文による規定がない場合でも、裁判所の判断によって具体的基準が示されていればこれで足りるとされることがある。Vgl. *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* (Fn.42), Rn. 102ff.

以上に関して、事前に示された基準が被疑者・被告人の防御活動を行う指針及び刑事捜査・訴追機関の行動指針となる程度には具体化されたものであることが求められるだろう。

ら、先に検討した反対尋問権の保障に関わるもの以外にも、通訳・翻訳権の保障の重要性が強調される。

v. まとめ

以上 i から iv までの要素についてまとめると、まず身体、住居等に対するプライバシー侵害を伴う刑事捜査・訴追機関の行動が許容される要件について法律によって定められていなければならない。当該要件の具体化が行われる際、比例原則の観点から十分な検討が行われなければならないことはもちろんであるが、実際の運用に際しても被疑者・被告人の権利保障に充分配慮しながら、刑事捜査・訴追等に関わる行動がとられることが求められるだろう。この際、個人の人権と国家及び公的利益との間で何らかの比較衡量的判断が行われることになるが、拷問及び非人道的取り扱いの禁止という要請に抵触する刑事捜査・訴追機関の行動はいかなる場合であっても正当化され得ない。記述の通り、公正な裁判原則を構成する要素についても衡量可能性が認められる場合があるが、人間の尊厳保障に関わる要素については絶対的保障が行われなければならない、例えそれが第三者の生命・身体等に関わる極めて重要な利益を保護する目的で行われる行動であっても許容され得ないのである。この他にも、被疑者・被告人の手続参加を通じた公正な裁判の実現に公正な裁判原則の本質があると考えた場合、争われている証拠の許容性及び価値判断について、被疑者・被告人が影響を与える機会を有していたかが重要となる。具体的には、反対尋問権の保障によって証人の証言の信用性を争う機会があったかなどが重要となる。また、通訳・翻訳権の保障が十分に行われることが裁判所の証拠判断にとって重要となるとされる。

(3) わが国における公正な裁判の実現と証拠判断に関する若干の検討 —— 公正な裁判原則を基準とした証拠判断に関する議論を参考に ——

① わが国における公正な裁判原則の国内法的根拠

公正な裁判原則の日本国内における根拠としては、まずわが国の批准する国際自由権規約 14 条を挙げることができよう。同条の規定は、公正な裁

判原則について規定しており、その実質的内容は適正手続論と一致する部分も多いことが指摘されている。⁽⁸⁶⁾ 国際条約の国内法レベルにおける効力についての問題があるが、憲法 13 条及び憲法 31 条以下の規定からも公正な裁判原則を演繹することができるように思われる。例えば、憲法 13 条における個人の尊重とドイツ基本法 1 条 1 項における人間の尊厳保障の内容的類似性は以前から指摘されており、わが国においても個人が国家活動の単なる客体として扱われる事態が起こることを看過してはならない。⁽⁸⁷⁾ 刑事手続において、被疑者・被告人を刑事捜査・訴追の客体として扱うことで刑事捜査・訴追及びその後の刑罰権の執行といった国家的利益の追及のみが行われればよいとする考えを採ることは最早許されないはずである。更に、刑事裁判における誤判が生ずる可能性を考慮した場合、その確率を少しでも低くするためにも被疑者・被告人に対する人権保障を基軸とした手続上の運用が行われなければならない、被疑者・被告人の訴訟当事者としての主体性が担保されることが公正な裁判の実現にとって最低限の条件となる。わが国の憲法 31 条以下において、世界的に類を見ないほどに詳細な刑事手続上の人権保障に関する規定が置かれており、ここで求められる制度的保障の具体的内容は公正な裁判原則とかなりの部分一致するように思われるが、⁽⁸⁸⁾ 実際に行われている被疑者・被告人の権利保障の水準について、公正な裁判原則からの要請と比して不十分な部分が認められ改善を必要とする部分があるように思われる。⁽⁸⁹⁾ 刑事手続の運用に際して、現行国内刑事

(86) Vgl. *Schroeder, Der Fair-Trial-Grundsatz im Strafverfahren*, 2009/2010, S.187.

(87) わが国における個人の尊重規定とドイツにおける人間の尊厳保障の関係について、玉蟲・前掲註(16)・3 頁以下参照。

(88) ここでは、憲法 31 条が適正手続に関わる一般的要請をしている他、強制処分法定主義ならびに令状主義の要請（憲法 33 条、35 条）、告知権、弁護人依頼権の保障（憲法 34 条）、公平な裁判所における迅速な裁判を受ける権利の保障（憲法 37 条 1 項）、自己負罪拒否権の保障ならびに拷問の禁止の要請（憲法 38 条 1 項、2 項）等、人権条約上の公正な裁判原則からの要請に内容的に類似する項目について規定されている。

(89) 以上について、特に、弁護人依頼権、接見交通権、通訳翻訳権に関する問題について、拙稿・前掲註(9)・100 頁以下参照。

訴訟法規範の解釈が重要となることは間違いないが、国際・国内法レベルを問わず公正な実体刑法及び刑事手続法の存在を要求する憲法規範の性格を有する法規範についても考慮されなければならない。⁽⁹⁰⁾

②公正な証明と証拠判断

刑事手続における証拠判断基準について行った本稿における検討から、わが国においても以下のことを指摘することができよう。まず、公正な証拠を基礎とした公正な証明が行われることが公正な裁判実現の前提となることについて、わが国においても承認できるものと思われる。⁽⁹¹⁾ 人権条約6条2項において言及される無罪推定原則は、わが国の刑事手続においても重要な刑事手続上の原則として承認されている。しかしながら、わが国における無罪推定原則は、裁判所における証明方法の観点のみが強調されて理解される傾向にある。この点については、被疑者・被告人に対して無罪推定を前提とした権利保障が行われなければならないということが認識されなければならない。特に捜査手続段階における権利保障のより一層の充実が求められる。⁽⁹²⁾ 無罪推定原則からの要請を満たす被疑者・被告人の権利保障に関わる法制度が実際に構築されている場合でも、刑事捜査・訴追機関の行動がこれに違反する行動をとることが想定され、この場合には当該行動を通じて得られた証拠を排除することによって、被疑者・被告人に対する事後的な救済が図られなければならない。

わが国においても、刑事捜査・訴追機関が何らかの違法な行動を行った場合、そこから得られた証拠物が手続から排除される場合があることが既

(90) 憲法的規範の効力のもとで法治国家的要求に合致する実体刑法及び刑事手続法の存在を要求する法規範全般を刑事憲法 (Strafverfassungsrecht) と呼び、その遵守が求められるとする見解について、Vgl. *Buchard, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege - In memoriam Joachim Vogel*, 2015, S.48ff.

(91) 無論、求められる証明方法及び証明の程度については、各国によって差異が認められるが、公正な裁判原則は証拠の公正性及び証明の公正性に関して、被疑者・被告人に最低限の権利保障の実施という要素を、証拠判断についての統一的基準の一つとして示すものである。

(92) 以上に関して、拙稿・前掲註(9)・83頁以下参照。

に承認されている⁽⁹³⁾。いわゆる違法収集証拠排除法則は、アメリカ法の影響を受けてわが国の裁判実務において導入、発展してきたものとされているが、わが国の最高裁判所が同理論を用いて実際に証拠排除を行ったことはこれまで一度しかない⁽⁹⁴⁾。以上の理由から、わが国の最高裁において証拠排除が肯定される為には、適正手続違反となる程度に高い違法性が認められなければならないとされているのではないかという主張がされる⁽⁹⁵⁾。この点について、適正手続論と公正な裁判原則の内容的類似性に鑑みて、最高裁判所の示す証拠排除基準につき、「重大な違法性」の解釈に際して公正な裁判原則に関する議論を参照できるように思われる。すなわち適正手続論及び公正な裁判原則は、ともに様々な要素から構成されるが、その違反が認定されるための基準としては相対的基準と絶対的基準に分類される。以上に関して、人権条約上の公正な裁判原則からの要請と同様、わが国においても拷問の禁止及び非人道的取り扱いの禁止に該当する刑事捜査・訴追機関の行動が行われた場合には、これを適正手続及び公正な裁判原則の違反に関する絶対的基準として捉え、当該活動を通じて得られた証拠排除の絶対的理由としなければならないだろう。なぜなら、拷問の禁止については、わが国の憲法 38 条 2 項が明確にこれを求めているし、憲法 13 条における個人の尊重要請とドイツにおける人間の尊厳に関する基本法 1 条 1 項との関係を考慮した場合に、憲法 13 条からも拷問の禁止に関わる要請を肯定することができるように思われる。拷問の禁止及び非人道的禁止の要請は、

(93) 最一小判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁。

(94) 最高裁において、排除法則の適用が争われたものとして、①最一小判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁、②最一小判昭和 61 年 4 月 25 日刑集 40 卷 3 号 215 頁、③最一小決昭和 63 年 9 月 16 日刑集 42 卷 7 号 1051 頁、④最一小決平成 6 年 9 月 16 日刑集 48 卷 6 号 420 頁、⑤最一小決平成 7 年 5 月 30 日刑集 49 卷 5 号 703 頁、⑥最一小決平成 8 年 10 月 29 日刑集 50 卷 9 号 683 頁、⑦最一小判平成 15 年 2 月 14 日刑集 57 卷 2 号 121 頁、⑧最一小決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁、がある。この中で、最高裁が排除法則の適用を認めたのは、⑦の事例においてのみである。

(95) 柳川重規「判例が採用する違法収集証拠排除法則についての検討」法学新報第 113 号 711 頁（2007 年）。

いかなる場合であっても刑事捜査・訴追に関わる利益及び被害者等他の第三者利益等との衡量可能性が認められるべきではなく、これに抵触する刑事捜査・訴追機関の行動がどのような目的で行われるようなものであっても正当化される余地はないと解されるべきであろう。わが国の憲法 31 条以下の規定はもちろん、刑事訴訟法 1 条の規定においても被疑者・被告人の権利保障と他の公的利益等との比較衡量的判断が行われる場合が認められることが明言されてはいるが、衡量可能性が認められない絶対的保障の対象となる権利・利益の存在が看過されてはならず、これは近年問題となるテロ行為に代表される重大犯罪の捜査が行われるに際しても同様である。

記述の通り、公正な裁判原則を構成する要素について、コア領域ではなくその周辺領域となる部分については衡量可能性が認められる。しかしながら、衡量可能性が認められる場合にも、比例原則の観点から十分な検討が行われなければならない。特に、刑事捜査・訴追機関の用いる手段それ自体の性質はもちろんのこと、そこから獲得される証拠物の性質にも着目した議論が行われなければならない。刑事手続上の法律主義からの要請、わが国においては憲法 33 条及び 35 条、これを受けて規定された刑事訴訟法の諸規定（刑事訴訟法 197 条 1 項、199 条、218 条等）における強制処分法定主義ならびに令状主義からの要請に合致した証拠判断が行われる必要がある。この点について、わが国においては「新しい捜査手法」によって獲得された証拠の許容性をめぐって問題となることがある。⁽⁹⁷⁾ 例えば、古

(96) 例えば、逮捕に関する憲法 33 条の規定、搜索・差押えに関する憲法 35 条の規定において、人身の自由及びプライバシー権が刑事捜査・訴追権と比較衡量的判断のもとに置かれ制限される可能性があることが示されている。

(97) 「新しい捜査手法」について、わが国においては、まず当該手法が任意処分に留まるのか強制処分となるのかについて問題とされるだろう。わが国の現状に鑑みて、既存の強制処分に関する具体的規定は、令状主義の重要性にてらして特に設けられた総則・確認規定であるとされ、それ以外の新しいタイプの強制処分については端的に規定がないことになるとの主張がされた（いわゆる「新しい強制処分説」について、田宮裕『刑事訴訟法』72 頁以下参照（有斐閣、1996 年））。しかしながら、わが国における現行刑事訴訟法が施行されてから半世紀以上の年月が

くは強制採尿に関わる問題⁽⁹⁸⁾、近年においてはおとり捜査に関する問題、DNA型鑑定に関わる問題⁽¹⁰⁰⁾、通信傍受に関する問題⁽¹⁰¹⁾、GPS発信器を用いた位置情報の取得に関する問題等を挙げることができよう。これらの問題から、刑事捜査・訴追機関が用いる新しい捜査手法が許容される要件について、裁判所による解釈に対して過大ともいえる期待ないしは要求がされていることがうかがわれる。以上に関して、本来であればまず当該捜査手法と被疑者・被告人の基本権保障との関係について憲法論的議論が十分に尽くされなければならない。具体的には、まず制限の対象となる基本権の確定、明示が必要であり、その後比例原則に基づき法律によって当該基本権への侵害を伴う具体的処分の統制について規定されなければならない⁽¹⁰⁴⁾。以上

経っており、その間の社会情勢及び技術革新等を考慮すれば、必ずしも十分な立法措置がとられているとはいえない部分が認められる。

- (98) 強制採尿を認める刑事訴訟法上の規定が存在しないのであるから、多くの学説はこれを違法としつつ、どの令状を用いればもっとも不都合を少なくできるかを予備的に検討してきたとされる（以上について、渡辺直行「令状主義・強制処分法定主義と捜索・差押・強制採尿に関する若干の考察」*修道法学* 30 卷 2 号 94 頁参照（2008 年））。強制採尿令状による事務上の運用が定着してしまっている現実はあるが、憲法論的議論を基礎とした強制採尿の可否について検討され、立法による解決が図られるのが強制処分法定主義本来の姿であろう。以上のことは、全ての「新しい捜査手法」にとって同様であるといえる。
- (99) おとり捜査に関する問題点について、例えば、内藤・前掲註(62)「おとり捜査の違法性判断を巡る欧州の動向－欧州人権裁判所の判例理論を参考にして－(1)・136 以下頁参照、渡辺直行「おとり捜査における違法性の本質と「内心の自由」の侵害」野村稔『野村稔先生古希祝賀論文集』603 頁、604 頁（成文堂、2015 年）。
- (100) わが国における DNA 型鑑定に関する問題点について、拙稿「刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定に関する一考察」*広島法学* 36 卷 2 号（2012 年）参照。更に、DNA データベースをめぐる問題点について、玉蟲由樹「警察 DNA データベースの合憲性」*日本法学* 82 卷 2 号 433・461 頁参照（2016 年）。
- (101) 例えば、最 1 小決平成 11 年 12 月 16 日刑集 53 卷 9 号 1327 頁。
- (102) 名古屋高判平成 28 年 6 月 29 日「(LEX/DB 文献番号 < 2 5 5 4 3 4 3 9 >）」
- (103) 以上について、刑事裁判実務経験者からも批判がされる。例えば、香城・前掲註(7)・80 頁参照。
- (104) 小山剛『基本権の内容形成－立法による憲法価値の実現』113 頁以下参照（尚学社、2004 年）。

の経過を経て、当該捜査手法を刑事捜査・訴追機関が用いることができるのかということが検討され、仮にこれが認められるとされた場合に初めてその要件が裁判所によって示されなければならないはずである。また、強制処分法定主義を厳格に解すれば、新しい捜査方法を許容する要件については第一に立法による解決が図られることが当然のように思われるが、わが国においては裁判所における現行法の解釈によってこれを解決しようとする傾向が認められる。これは、被疑者・被告人に対して手続に影響を与える十分な機会を認めなければならないという観点からも問題がある。特に証拠の許容性及び価値について争う場合、刑事捜査・訴追機関の行う証拠収集活動が現行法上如何なる要件に基づいて正当化されるのかということが明確にされていない場合、被疑者・被告人が十分な防衛活動を行うことができないことが予想される。

被疑者・被告人には、刑事捜査・訴追機関の行動及び当該活動を通じて獲得された証拠の許容性、信用性について争う機会が認められ、手続に対して影響を与える機会が認められなければならない。以上に関して、刑事手続における証明方法は、厳格な証明および自由な証明の二つに大別することができ、「厳格な証明」は、証拠能力のある証拠によりかつ適式な証拠調べの手続を経たものであることが求められ、それ以外の証明は「自由な証明」と呼ばれるのが一般的な理解である。以上の理解に従えば、訴訟法的事実、例えば証拠判断に関する事実の立証についても自由な証明で足りることになるが、当該証拠が訴訟の帰趨を決するものであるような場合には、当事者に十分な攻撃防御を尽くさせるべきである。法によって厳格な証明が求められない場合においても、自由な証明で足りるとするのは適当でない場合が存在し、少なくとも被告人が異議を申し立てたものについてはこれをそのまま用いるべきではなく、公判廷で被告人にその内容を検討する機会が与えられなければならない。⁽¹⁰⁵⁾ 実際に、弁護側から捜査手続の違法が具体的に主張され、違法収集証拠の排除が申し立てられており、これ

(105) いわゆる適正な証明について、平野龍一『刑事訴訟法概説』153頁参照（東京大学出版会、1968年）。

が当該訴訟にとって重要な証拠である場合には、少なくとも捜査官等の関係者に対する証人尋問を実施するなどして、当事者に攻撃防御を尽くさせる、というのが一般的な実務上の運用であるとされるが、これとは異なる判断がされた裁判例もあり、⁽¹⁰⁶⁾実務上の運用が必ずしも統一されているとはいえない。⁽¹⁰⁷⁾

5. おわりに

以上見たように、ヨーロッパ人権条約 6 条における公正な裁判原則は人権保障上の観点から刑事司法に対して遵守が求められる最低限必要となる要素を示し、これに合致した法規範及び制度等を通じて公正な裁判の実現を図るものである。しかしながら、仮に公正な裁判原則に合致する法規範及び制度の構築が行われたとしても、これに反する国家的活動が行われる可能性は否定できない。特に、公正な裁判原則に違反する刑事捜査・訴訟機関等の国家機関の行動に対してどのような対処が求められるのであろうか。本稿において検討したように、公正な裁判実現のためには「公正な証拠による立証」が不可欠となる。公正な証拠とは何かについて考えるに際して、証拠物自体に関わる特性については無論のこと証拠収集手段についても十分な検討がされなければならない。確かに手続的公正は、刑事手続における目的そのものではなく、あくまでも刑事手続における目的実現に資するもの、いわば補助的な存在であるとも考えることもできる。しかしながら、刑事手続上の結果が、しばしば個人の権利及び利益への侵害を伴う刑罰権の執行に結びつくものであることに鑑みれば、手続的公正の重要性を軽んじることは許されず、むしろ手続的公正を前提とする場合に初めて刑事手続上のあらゆる結果が正当化されるという考えを採用することもできよう。それ故、刑事裁判において刑罰権確定の基礎となる事実の確定に用いられる証拠について、証拠それ自体の性質に公正性が認められなければな

(106) 例えば、東京高判平成 22 年 1 月 26 日判タ 1326 号 280 頁。

(107) 例えば、東京地判平成 21 年 7 月 16 日「(LEX/DB 文献番号<< 2 5 4 6 3 9 5 9 >>)」

らないことは勿論、その収集手段についても公正性が認められなければならない。証拠の公正性を担保するためには、被疑者・被告人に対して証拠の公正性について争う十分な機会を認めることが必要であり、これは当事者間の武器対等及び機会対等の観点からも当然である。証拠の公正性が認められる場合に初めて、裁判所の行った事実認定についての公正性を認めることができ、当該事実を起訴とした刑罰権の確定及びその執行についてもこれが公正であるということができる。

わが国においても、証拠法に関わるもの等、刑事手続上の問題について、その解決を図る為には、第一に国内法規範が参照されなければならないのではあるが、これで解決し得ない問題に対しては国内法レベルに留まらず、国際法レベルで参照可能な法規範についても考慮し、問題解決に当たらなければならない。公正な裁判原則は、わが国においてもその国際法的根拠は勿論、国内法的根拠をも認めることができ、刑事手続上の公正性に関する一つの指針となるように思われる。

〔付記〕

本稿脱稿後、渡辺直行教授（弁護士、広島修道大学大学院・法務研究科）の訃報に接した。渡辺先生は、生前、被疑者・被告人の人権並びに基本権保障を基軸とした刑事手続上の運用の重要性を強調された。本稿における問題意識の出発点もまさにここにあり、謹んで本稿を先生に捧げる。

（本学法学部専任講師）