

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の  
証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の  
証拠能力は肯定された事例

——最二判平成一五年二月一四日刑集五七卷二号二二一頁——

緑 大 輔

はじめに——本判決を取り上げる意義

本判決は、最高裁判所が一九七八（昭和五三）年九月七日に違法収集証拠排除法則を採用しうる旨を判示して以降、初めて同法則を適用して最高裁判所が証拠を排除した事案である。同時に、同じ過程で収集された証拠の一部については証拠能力を認めている。ここでは、いわゆる「毒樹の果実」論とその例外法理類似的発想で判断したかのように見える箇所も見られる。違法収集証拠排除法則の具体的な適用と、その限界を判示したものとして、取り上げる意義があると考えられる。

## 一 事案の概要と判旨

### 1. 事案の概要（最高裁判決判示の事実関係）

最高裁判所が認定したところによる本件の事実関係は以下のとおりである。

**逮捕手続きの経緯** 窃盗罪の被疑事実で被告人Xに対して、逮捕令状が発付された。しなしながら、警察官Pら三名は逮捕状を携行しないまま、Xの身体を拘束するためにX方へ向かった。

PはX宅前でXを発見し、任意同行を要求した。しかし、Xは任意同行を拒否し、Pらに対して逮捕状を呈示するよう要求した。その後、Xは突然隣家の敷地内へ逃走した。さらにXが隣家敷地から出て来たところ、PはXを追跡し、「被告人方付近の路上」（以下、本件現場）でXを制圧し、午前八時二五分頃、Xは「片手錠を掛けられて捕縛用のロープを身体に巻かれ、逮捕された」。これに対して、Xは、X方付近の物干し台ポールにしがみついて抵抗したが、Pに引き離され、警察車両へ連行された。その後、警察署に連行され、同署に到着後、午前一一時頃に逮捕状が呈示された。

警察官Pは、右のような経緯にもかかわらず、逮捕状に、午前八時二五分頃「本件現場」において逮捕状を呈示してXを逮捕した旨をP名義で記載し、さらに同旨の記載のある捜査報告書を作成した。

採尿とその後の証拠収集手続き 逮捕当日の一九時頃、警察官らはXから任意の採尿を行った。その尿を鑑定した結果、覚せい剤成分が検出された。五日後、裁判官から被疑事実を覚せい剤取締法違反、場所をX方と記載した捜索差押許可状の発付を受けた。警察官らは、既に発付されていた窃盗罪の被疑事実の捜索差押許可状と併せて、同日双方の令状を執行した。警察官は、X方にてビニール袋入り覚せい剤一袋を発見し、差し押さえた。

公訴提起と証拠能力の争い 検察官は、六月一日、第一の公訴事実として覚せい剤使用で、第二の公訴事実として、覚せい剤所持で起訴した。さらに一〇月一日、窃盗罪で追起訴をした。

これに対し、被告人Xは、逮捕手続きにおける逮捕状の不呈示が違法だった旨を主張した。これを受けて証人として出廷した警察官Pは、逮捕状をXに対して呈示し、読み聞かせたとして適法な手続きを執行した旨を主張した。

この点について、原審はPの証言の信用性を否定し、Xに対して逮捕状の呈示がなかった旨の事実を認定し、当該手続きの違法性を認定した。その上で、違法収集証拠として、①Xの尿の鑑定書、②これを疎明資料として発付された搜索差押許可状により押収された本件覚せい剤、③本件覚せい剤に関する鑑定書の証拠能力を否定した。

## 2. 判 旨

以上のような事実を認定した上で、最高裁判所は以下のように判示した。

### (1) 逮捕手続きの違法、それに密接関連性があるとして排除される証拠

まず、本件逮捕手続きの違法性について、最高裁判所は以下のように述べている。即ち、「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていないという手続的違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記の通り、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して現れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続きの違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない」と。いわゆる「令状主義の精神を没却する重大な違法」に本件の手続きの違法性が

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例（緑）

該当すると判示した上で、「このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである」と判断する。

その上で、最高裁判所は、本件において排除されるべき証拠として、逮捕直後に採尿されたことによって得られた、① Xの尿の鑑定書を挙げている。即ち、「前記の通り、本件採尿は、本件逮捕の当日になされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである」と。このように述べて、Xの尿の鑑定書について証拠能力を否定した原判決の判断は妥当なものと判示した。

## (2) 違法逮捕と密接関連性を欠き排除されない証拠

他方で、最高裁判所は、原審では証拠能力を否定された、② Xの尿鑑定書（先に排除された①）を疎明資料として発付された搜索差押許可状で押収された本件覚せい剤、③ 本件覚せい剤に関する鑑定書について、証拠能力を肯定している。

その際、本判決では「上記（②覚せい剤取締法違反の）搜索差押許可状は、〔①の〕鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである」として、証拠能力を否定された尿鑑定書との関連性を肯定する。その上で、「しかし、本件覚せい剤の差押えは、（a）司法審査を経て発付された搜索差押許可状によってされたものであること、（b）逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情に鑑みると、本件覚せい剤の差押えと上記〔①の〕鑑定書との関連性は密接なものではない」とし、違法収集証拠との関連性の密接さを否定するという形で、「重大な違法がある」とまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない」

と判示した（便宜上、引用判決文中に、記号や強調部分を筆者が付した）。

### (3) 証拠能力判断部分の破棄に伴う原審判決差戻し

以上のように最高裁判所は証拠能力について判断した上で、原審判決を差し戻した。原審判決では、覚せい剤使用・所持という公訴事実を支える前記①～③の各証拠を排除したため、覚せい剤使用・所持については無罪とし、窃盗罪についてののみ有罪としていた。しかし、最高裁判所は、前記①の証拠のみを排除したため、覚せい剤使用については検察官の上告を棄却し（刑訴法四一四条、三九六条）、覚せい剤所持・窃盗の部分については、原審判決を破棄、差戻した（刑訴法四一一条一号、四一三条）。

## 一 考 察

### 1. 令状主義の精神を没却する重大な違法

#### (1) 警察官の主観的要素・態度の重視と違法収集証拠排除の基準

本判決で特徴的な点の一つは、証拠収集過程の違法性を認定するに際して、「本件の経緯全体を通して現れたこのような警察官の態度」という表現で、令状の執行に対する警察官の主観的な態度を殊更に重視している点である。最高裁は、「違法収集証拠排除の基準の中でこれをどのように位置づけていたと解すべきだろうか。即ち、「違法の重大性」の文脈で警察の主観的態度を語っていたと読むべきか。」「排除の相当性」の文脈で警察の主観的態度を語っていたと読むべきか。どちらに位置づけるかによって、最高裁の違法収集証拠排除の基準を読み解くに当たり、警察官の主観的態度をどの段階でどのように考慮すべきかが左右される。

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例（緑）

この問題について、警察官の主観的態度を「排除の相当性」の文脈で取り上げられたものとして位置づけるべきという論者がある。その論者によれば、本件警察官の偽造公文書作成や公判廷での偽証行為は逮捕執行後のことである以上、偽造公文書作成や偽証行為がそれより先に行われた逮捕そのものを違法なものにするわけではない、と説明する。それゆえ警察官の態度を「排除の相当性」の要素として実質的に判断したと理解するのである。<sup>(1)</sup> しかしながら、このように読むことは、判決の文言の位置づけとは乖離していると言わざるを得ない。判決文は、明らかに「本件逮捕手続の違法の程度」を語る文脈で警察官の態度を考慮に入れている。

さらに言えば、そもそも本判決が、「排除の相当性」という考慮を一次証拠について検討する段階で行っているかどうか自体、注意が必要であるように思われる。判決を読むと、少なくとも一次証拠の証拠能力を判定する段階では、「違法の重大性」を認定する手順はきちんと言葉を尽くして認定されているものの、「排除の相当性」を認定するための表現を確認することは困難である。いわば、「違法の重大性」を中心に実質的には考慮しているかのよう<sup>(2)</sup>に読める。

したがって、むしろ判決が、逮捕手続き以後のいわば「事後的」な態度を、なぜ逮捕手続き自体の「違法の重大性」の中で考慮しうるのか、その論理を検討すべきように思われる。<sup>(3)</sup>

## (2) 違法な逮捕執行後の糊塗行為の考慮

では、本事件後約一年経った後に行われた偽証行為や、逮捕手続直後の捜査報告書偽造のような、逮捕手続以後に行われた「事後的な」違法行為を、「違法の重大性」という要件の下で考慮することが適切なのだろうか。これを正当化する論理はあるのだろうか。

同時にここでは、最高裁平成八年決定と両立するのか、という点も問題になりうる。<sup>(4)</sup> 平成八年決定は、搜索押収の直後

に被処分者からの発言に触発された捜査官が、被処分者に対して暴行をした事案である。そこでは最高裁は証拠物の発見を目的とし捜査に利用するために暴行を為したとは認められないとして違法の重大性を認めていない。一見、この平成八年決定は、違法収集証拠排除法則の適用のためには、違法行為と証拠獲得の間に直接の因果関係が必要であるかのように読める。そのため、本件のように逮捕手続終了後に行われた違法行為の糊塗自体は、違法な証拠収集を直接に惹起させるものではない以上、「違法の重大性」を形成する要素として考慮する対象にはなりえない、という理解も成り立ちうる。

この点については、「(事後的な)警察官らの主観的事情から逮捕当時もそのような違法捜査の意図や態度があつたと推認できるという限度で考慮すべきもの」という説明が為されている<sup>5)</sup>。これは、平成八年決定との整合性を意識した読解と評することが可能である。即ち、平成八年決定における暴行は搜索押収執行後に現場で激して為したのに対し、本件は令状を逮捕に際して(つまり逮捕に着手するときから)そもそも携行していない。本件のように逮捕前の違法行為を糊塗しようとした事後的な法無視の態度は、令状不携行が過失ではないことを推認させる点で異なる、という理解をこの論者はしているように読み取れる。即ち、あくまで本件警察官の事後的な糊塗行為は、逮捕手続当時の違法性の重大性を推認させるから、本件で違法性判断の際の考慮対象となつたということであろう。

しかしながら、事後的な糊塗行為はそれ自体論理的に、直ちに逮捕当時の違法捜査の意図を推認させるものではない。過失によって令状を携行しなかつたとしても、糊塗行為を事後的にすることは充分にありうることはある。しかしながら、本件で最高裁は、事後的な糊塗行為を逮捕手続当時の違法捜査の意図の有無の認定には結合させて判示しておらず、事後的な糊塗行為から違法捜査の意図が殊更に推認できるかどうかは、判決文からは明らかではない。その点で、このような「違法捜査の意図の推認」という論理を、本判決が前提として採用していたかどうかは疑わしい。

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例(緑)

むしろ、本件で最高裁は「本件の経緯全体を通して現れた」警察官の態度を「総合的に考慮」する旨を述べている。そうすると、最高裁は、令状執行に関連するプロセスの一環として、広く警察官の事後的な行為も「違法の重大性」の中で考慮しうる旨を判示しているように思われる。このような理解に立つと、平成八年決定と本件との関係が問題になってくる。もし、平成八年決定が、違法行為と証拠獲得の間に直接の因果関係が必要である旨を判示したのだとすれば、右のように令状執行プロセスを広くとらえて違法性の判断対象とするという私見に基づく本件の位置づけは、平成八年決定と真に向から対立することになるからである。しかし、私見によっても平成八年決定と本判決は両立しうるように思われる。というのも、平成八年決定は、そもそも違法行為と証拠獲得の間の因果関係が証拠排除のために絶対的に必要だと本当に理解していたのか、疑問の余地があるからである。むしろ、平成八年決定では、被処分者たる被疑者の発言が捜査官による暴行を惹起させた点を重く見て、違法の重大性が小さいものと理解したのではないか。つまり、平成八年決定は、被疑者側からの違法行為への寄与度が一定程度認定されたために「違法の重大性」が軽減された点を重視していたのであって、違法行為の「事後性」自体が決定的に重要なファクターとまでは考えていなかった（並列的な考慮事項の一つに過ぎなかった）と理解することも可能である。

また、もう一つ平成八年決定と本判決との間の無視できない相違として、本判決は、尿の鑑定書という証拠を利用するために捜査機関によって違法行為が行われたのに対して、平成八年決定の事案で為された捜査機関の違法行為は、必ずしも証拠の利用のために行われたものではない点を挙げられる。この意味でも、平成八年決定と本判決とは事案が異なる<sup>(6)</sup>といえよう。

これらの理解を前提とすれば、平成八年決定と本判決は両立可能であり、最高裁は令状執行プロセスとそれに関連する

行為を広く違法性判断の対象として考慮しうる立場を採用していると解するのが、本件決定で述べられていることにも整合的な理解であると思われる。

### (3) 従前の違法収集証拠排除法則の根拠論とのかかわり

以上の議論は、いずれも判例を抑止効論として位置づけつつ議論する枠組みの中でも成立は不可能ではない。しかし、判決は必ずしも、当該証拠を排除することが、違法捜査の抑止につながりうるかどうかは、認定していない。とりわけ、本件のように事後的に警察官が糊塗行為を行うというのは、おそらく実務で頻繁に行われる性質のものではなく、これと密接関連性のある尿鑑定書を証拠から排除したからといって、それほど効用は大きくないとも考えられる。

むしろ、捜査機関の糊塗行為を殊更に重視し、かつその「態度」を問題としている点からすると、実は裁判所は、「違法捜査抑制の見地」という言葉とは裏腹に、違法収集証拠排除法則を法廷侮辱罪の代替として用いているのではないか、という印象を与える。このような理解を前提とすれば、警察官が事後的に裁判所を偽証し、あるいは公文書を偽造するなどして積極的に騙した点がとりわけ重く評価されていることも、整合的に説明しやすい。また、令状執行に関連する一連のプロセスを広く考慮するという発想にも、より馴染みやすいといえよう。<sup>(7)</sup>

このように法廷侮辱罪の代替のように違法収集証拠排除法則を用いることの適否は別途検討を要するが、このような発想の下では、少なくとも警察官が積極的に裁判所を「騙す」ような行為をしない限り、証拠排除はされにくいということになるのではないかと思われる。これまでの裁判所の違法収集証拠排除法則の適用の状況をもても、このように推測することは可能であろう。

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例(緑)

## 2. 違法手続きと一次証拠の「密接関連性」判断

次に、本件が重大な違法手続きだったとして、その違法手続きと「密接に関連する」一次証拠として①尿の鑑定書を排除したことが適切だったかが問題となる。

### (1) 最高裁の論理

最高裁の昭和六一年判決は、違法な手続きが為された後に証拠収集が行われた場合について判示した事案である。<sup>(8)</sup> その際、先行手続きに違法あり、後行の証拠収集手続きにその違法が承継する要件として、両手続きの間に(イ)「同一の捜査目的」及び(ロ)「直接の利用関係」が存在することを求めているように昭和六一年判決は読める。

本件の場合、当初の令状の被疑事実は窃盗罪であるのに対して一次証拠は覚せい剤取締法違反にかかわる証拠である。そのため、右のような昭和六一年判決への理解を前提として、本件は少なくとも(イ)被疑事実が異なり同一の捜査目的とはいえない、という認識がありうる。

そのため、昭和六一年判決で示された要件を今回の場合は充足しているとはいえず、<sup>(9)</sup>「従来の判例のような厳格な立場には立っていない」という理解が示されている。また、かつての判決は「違法の承継という設定で論じたが、本件はこれを「密接な関連」という形で取り上げたものと理解し、<sup>(10)</sup>「このこと自体、最高裁判所としては新たな解決の仕方といえる」として従前とは判断枠組みがそもそも異なるとの理解もある。しかし、仮にそうであるとしても、「違法の承継」から「密接な関連」へと判断枠組みが変更されたことが、実質的にどのような含意を有するのかわからない。本件では逮捕があったために尿が可能なため、(ロ)「直接の利用関係」の要件が充足されている。その意味で、本判決は(イ)「同一の捜査目

「的」もしくは（ロ）「直接の利用関係」のいずれかを満たしていれば足りるという趣旨として解すべきだとこの論者は主張する。<sup>〔1〕</sup>この論者の理解からすれば、（イ）「同一の捜査目的」要件は必ずしも証拠排除に不可欠な要素ではないことになりうる。

基本的にはこの理解が妥当であろう。そもそも、昭和六一年判決で示された「同一の捜査目的」「直接の利用関係」は、本判決で表現された「密接な関連」を形成する個々の要素に過ぎなかった可能性がある。つまり、「同一の捜査目的」も「直接の利用関係」も、「密接な関連」を判断するためのその他の要素とともに one of them としてたまたま事案に沿って考慮された要素に過ぎないのではないか。現に、本件ではとりわけ「同一の捜査目的」という要素は明らかに存在していない。その意味で、両者を厳格に「要件」として充足すべきものとして理解するのは適切ではないように思われる。いわば、本判決は、先行手続きの違法行為と後行行為の間の因果関係の「強さ」（相当性）を判断する要素として、「密接な関連」という上位概念を持ち込んだものと解すべきであろう。「密接な関連」の有無を判断する要素の例が、「同一の捜査目的」「直接の利用関係」などであると考えられる（「同一の捜査目的」と「直接の利用関係」とを比べた場合、後者のほうがより「密接な関連」を強く推認させる要素となろう）。

ただ、それでも本判決中が掲げている「密接な関連」を認定する直接の理由は、「本件採尿は、逮捕の当日にされた」ことのみのようにも読める。それゆえ、この点については批判が為されているところである。

すなわち、事後の警察官の法無視の態度に基因すると考えられる本件逮捕手続きの違法の重大性が、「なぜ、当日なされたという事情により、それ自体固有の違法性があるとはいえない採尿結果に密接に関連するのは、判文から明確であるとはいえない」という。さらに、「時間的接着性のほか、捜査官の意図、両被疑事実の関係、捜査の進展状況その他の

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例（緑）

要素を考慮して「密接な関連」を論定すべきもののようにも思われるし、それらの事情いかんによっては、本件のような事後的対応があったとしてもなお、「密接な関連」は否定し、尿の鑑定書の証拠能力は認めるべきであつたといえるかもしれない<sup>(12)</sup>という。

しかし、本判決は、逮捕当日の採尿であるという事実の認定とともに、わざわざ「上記の通り重大な違法があると評価される本件逮捕との密接な関連」という言及がある点には注意を要するのではないか。この表現は、重大な違法状態にある逮捕自体との関連性を指摘するものと思われる。逮捕の当日という時間的接着性のほか、逮捕状態を利用して採尿しているという点での関連性の評価を含んだものであるように思われる。また、たとえ過失で令状の携行をしなかったとしても、逮捕当日に直ちに採尿していること自体から、捜査官の採尿の意図が、窃盗罪による逮捕状態を利用して覚せい剤取締法違反の証拠固めを狙った点にあると推断し、いわば違法な逮捕を強制的な搜索押収の手段として積極的に利用した点から密接関連性を認定したのではなからうか。「警察官の態度を総合的に評価」という部分の表現もこの理解を示唆するものといえよう<sup>(13)</sup>。

その意味で、確かに具体的な認定を欠いているものの、本判決は必ずしも時間的接着性のみで「密接な関連」を認定したわけではなく、逮捕状態の積極的な利用による捜査官の令状主義潜脱の意図の側面からも関連性を評価したと解すべきであろう。

(2) そもそも本件一次証拠は排除されない？

これに対し、本件の尿鑑定書は証拠排除されるべきではなかったという主張がある。すなわち、本件では、逮捕令状の実体要件を充足しており、憲法三三条の要件違反は生じていないとした上で、「本件のごとき手続面での法律レベルの違

反に關しては、排除法理が発動される余地はない」とする<sup>(14)</sup>。さらに、「從來、下級審の確定判決中で違法収集証拠を排除すべき旨の判断が言い渡された事例においては、証拠発見・収集過程の重大な違法が理由とされてきた」のであり、相対的排除説に立つとしても「証拠の発見・収集手段における実体要件の欠缺でもなければ、正当性のない令状審査潜脱でもない事案であるにも拘わらず、排除法理の対象となる旨を判示した本判決は極めて特異」だとする。そして、「証拠排除を支持したことに反対である」と主張する<sup>(15)</sup>。すなわち、この論者によれば、本件はすべて証拠採用すべきであり、警察官による虚偽記入・偽証は別途刑事制裁及び懲戒処分によつて対処すべき問題とされる。

しかしながら、このような理解が適切だとは考えがたい。この論者の拠つて立つ「規範説」における令状主義とは、実体要件の裁判官によるチェックのみを指す。そのため、令状の執行場面への問題意識が弱い。確かに、憲法三三条自体は令状の執行について言及していない。しかし、仮に論者が拠つて立つ憲法規範を前提にするとしても、憲法三一条が「法律の定める手続きによらなければ自由を奪われない」としており、法定手続きを忠実に執行することを憲法自体が要求しており、そのこととの関係が問われよう。令状の忠実な執行がなければ、令状主義の目的である搜索押収権限の濫用の防止が達成されまい。憲法三一条が手続きの法定を求めているのも、法に忠実な執行を行うことを当然の前提としているはずである。

また、仮に論者の主張通り、過去の判例が「証拠発見・収集過程の重大な違法」がなければ排除していいとしても、そのことが直ちに捜査官の執行手続き違反の排除を否定する論理にはならない。そもそも下級審判例の違法収集証拠排除の射程がなぜそのように狭く解されるべきなのか、不明確である。さらに、仮に下級審判例の射程を論者の言うとおり狭く解すべきだとしても、なぜ下級審の判断が最高裁を拘束すべきなのか、不明確である。むしろ、最高裁は執行手続き違

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例（緑）

反も排除法則の対象になりうることを示したものと積極的に解すべきであろう。<sup>(16)</sup>

以上から、一次証拠の排除自体を誤りとする批判は、必ずしも説得的とは言えないように思われる。

### 3・違法に収集された派生証拠（二次証拠）の排除判断基準

本判決は、②Xの尿鑑定書（①）を疎明資料として発付された搜索差押許可状で押収された本件覚せい剤、③本件覚せい剤に関する鑑定書について、証拠能力を肯定している。その際、違法な手続きによって得られた一次証拠との関連性を承認しつつ、その関連性を密接ではないという論理で証拠排除を否定している。この部分は、いわゆる「毒樹の果実」論が適用されることを示しつつ、「毒樹の果実」を一律に排除するのではなく、派生証拠の排除のためには、派生証拠と違法手続きの関連性、派生証拠の重要性を考慮してすることを判示している。

その際、本件で最高裁が派生証拠の排除を否定する論理として、二つのことを述べている。まず、（a）本件覚せい剤の搜索押収が、司法審査を経て発付された搜索差押許可状によつてされたものであること。これはいわゆる「希釈法理」類いの説明であるように読める。第二に、（b）逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と、覚せい剤取締法違反事件についての搜索差押許可状の執行が併せて行われたものであること、である。

論じる便宜上、後者から検討することとする。

#### (1) 不可避的発見の法理

逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と、覚せい剤取締法違反事件

についての搜索差押許可状の執行が併せて行われたことを理由に証拠排除を否定している点について、いわゆる「不可避免的発見の法理」として位置づけることが可能だという指摘がある。合衆国判例で採用されている同法理は、適法な搜索が行なわれた場合であっても、いずれにせよ発見、押収されることが不可避である場合には、違法な手続きとそれによる押収との間の因果関係が欠けるので、証拠能力は否定されないとの考え方である。すなわち、「本件覚せい剤は、…別件の窃盗事件における搜索差押許可状に基づく搜索のみが行われた場合にも、その過程で発見され、適法に押収された可能性も高いと考えられる」とし、「不可避免的発見の法理」に近い発想を、証拠排除を否定する論理として採用しているという。<sup>17)</sup>

しかしながら、このような理解は、合衆国と日本の前提となる法制度の相違を重視していないくらいがある。合衆国の場合はブレインヴュー法理が判例上採用されており、適法な搜索の過程で別罪の証拠を発見した場合には、その別罪証拠の押収を認めている。そのため、違法な手続きとは独立に適法な搜索が為されてさえいれば、不可避免的に発見し、かつ押収することが可能となる。他方で、日本ではブレインヴュー法理は採用されていない。それゆえ、本件に即していえば、窃盗罪の搜索差押令状によって「適法に」覚せい剤取締法違反の証拠を差し押えられるわけではない。ましてや、本件では現場に被告人Xがいなかったため、任意提出も不可能であり、また現行犯逮捕に伴う現場での無令状差押えも不可能な事案である。<sup>18)</sup>

したがって、とりわけ本件の場合、覚せい剤取締法違反の証拠は、窃盗罪の搜索差押令状によって不可避免的に発見・押収できたわけではない。この点で、不可避発見法理を合衆国同様に読み込むのは本件では問題であろう。<sup>19)</sup>

## (2) 希釈法理

上のように「不可避免的発見の法理」として本判決を読み解くことが適切とはいえない。しかし、右の(a)(b)双方

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、  
その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例(緑)

とも（あるいは（a）のみを）、いわゆる希釈法理類似の発想として理解する方向性もありうる。希釈法理とは、「当初の汚れを消失させるほどに、因果関係が希釈されている場合」もしくは当該証拠が「当初の汚れを除去するほど十分区別しうる手段によって得られる場合」に証拠能力を認める考え方である。これは将来の違法捜査抑止から根拠づけられるものと説明されている<sup>(20)</sup>。

実際、本判決について、「…司法審査を経ていることと、覚せい剤事件での令状執行が、窃盗罪の捜索押収令状と合わせて執行されたこと「など」としている文言からも、種々の要素からして「密接関連性」がないとしたもので、希釈法理を採用したものと理解するのが一番妥当」という評価が見られる<sup>(21)</sup>。また、「本判決は、（イ）「令状の発付により派生証拠の収集手続の違法性が遮断されるという見解」又は（ウ）「令状の発付により派生証拠の違法性が希釈され、関連性が弱められるという見解」の見解を前提とするものであって、前記最三小判昭和五八・七・一二と同様の考え方に立つものと考えられる」とする見方もある<sup>(22)</sup>。

確かに、本判決はこれらのような発想を採用している可能性はあるものの、その根拠からは不明確さが拭えない。先にみた昭和六一年判決の事案のように、被処分者である被疑者自身が採尿手続きへ応諾している場合は、「被処分者による同意」により違法性が希釈されるという説明はしやすい。しかし、本件のように、令状審査自体で果たして違法性が希釈されるのか、希釈されるとすればそれはなぜか、という疑問が生じる<sup>(23)</sup>。

それにもかかわらず、令状審査による違法性の希釈を認めるとすれば、その論理としては次のようなものがありうる。すなわち、裁判官が令状発付について、実質的な審査をきちんと行うという建前の下では、証拠収集を行う責任が捜査機関にだけ存在するとは言えなくなるという論理である。このような論理は、令状審査という段階を経ることによって、違

法捜査抑止の責任が裁判官と捜査機関に分散するという理解を前提にしていると考えられる。そうであるとすれば、令状審査によって裁判官にも責任が帰属する以上、本件派生証拠②③を排除しても、捜査機関の違法捜査抑制の効用が大きくは見られない、という理解は成り立ちえよう。

但し、このように裁判官が当該証拠収集に関与していたことを希釈の根拠として理解する場合、令状審査時の疎明資料などによって、裁判官が（ $\alpha$ ）提出された疎明資料から、その疎明が違法手段に基づくものであることが判断でき、（ $\beta$ ）違法な手段を媒介とした疎明により令状を請求している場合には令状請求を却下しうるものが前提になるはずである。それゆえ、本判決の希釈法理の根拠として読み込むとすれば、令状裁判官が（ $\alpha$ ）（ $\beta$ ）を為しうることを最高裁が承認したということになる。むしろ、このように理解しない限り、搜索差押令状により「希釈」を説明すること困難であろう。<sup>(24)</sup>この点で、現状の令状審査実務からはやや乖離した認識を前提にしている感が否めないが、<sup>(25)</sup>「不可避的発見の法理」が先に見たように本判決では採用しえない状況であった以上、本判決はむしろ積極的に希釈法理が採用できるだけの実質的な令状審査を行うべき旨を判示しているように読めなくもない。

### (3) 「その他、これらの証拠の重要性等諸般の状況」の考慮

本判決でもう一つ興味深いのは、「証拠の重要性」を確認しているのが、派生証拠の証拠能力の段階で行われている点である。一次証拠の段階では、証拠の重要性については言及されず、またその文言上、「違法の重大性」の認定のために言葉を尽くしていることが読み取れたのに対し、派生証拠の段階では、「証拠の重要性等諸般の状況」を顧慮する姿勢を示している。この点を大胆に整理すれば、一次証拠の段階では「令状主義の精神を没却するような重大な違法」が認められれば、いわゆる「絶対的排除」をするのに対し、派生証拠の段階では「証拠の重要性等諸般の状況」を顧慮して、いわ

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、  
その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例（緑）

ゆる「相対的排除」をしているとも言える。

このような「絶対的排除」と「相対的排除」の使い分けを正当化しうる論理として、一次証拠と派生証拠とは、違法行為との関連性の強さに差があるという理由がありえよう。もっとも、この点についてはなお、今後の検討を要する。

## 二 おわりに

以上、本判決が意味しうることについて検討を加えてきた。

違法に収集された証拠を実際に排除するに当たって、最高裁がどの要素に力点を置いて判断しているのか、そしてそこにどのような含意を読み取れるかについていくつかのことを本稿は検討した。

違法手続きとその後の一次証拠の収集との間の関係の認定について、本判決で「密接な関連性」という上位概念が設定され、それが過去の判例にいう「同一の捜査目的」や「直接の利用関係」を包含しうるものであることを確認した。また、警察官の「態度」を殊更に重視し、また令状執行のプロセスを広く考慮の対象とする点は、実質的に最高裁判所は違法収集証拠排除法則を法定侮辱罪の代替として採用しているように理解できる旨を指摘した。

派生証拠の排除を否定した点については、不可避的発見の法理での説明が本件では困難である以上、希釈法理による説明をせざるをえず、そうであるとするれば令状審査実務の在り方に変化を求めることにつながりうるという指摘をした。

また、一次証拠と派生証拠との間で、証拠排除の判断基準が異なりうることを指摘した。すなわち、一次証拠については「令状主義を没却するような重大な違法」が認められれば実質的には絶対的な排除をするかのような判断手法であるのに対し、派生証拠については「証拠の重大性等」を考慮するという相対的な排除の手法を採用するように読める旨を指摘

した。

本判決については、一定の重要な局面を切り拓いたと評価しつつも、特殊な事情のある事案ゆえに「証拠収集手続の違法という本流の問題からはややそれた位置」にあると評する見方がある。<sup>(26)</sup>しかし、むしろ特殊な事情ゆえに、最高裁の違法収集証拠排除法則への考え方が却ってあぶり出されている面があるように思われる。右に縷々論じたように、本判決の意味は、決して小さくはないであろう。

〔本評釈は、二〇〇五年三月六日に行われた一橋大学刑事判例研究会での報告と、その後に行われた討議からの示唆を基礎に執筆した。〕

- (1) 田口守一ほか「座談会・排除法則の現状と展望」現代刑事法五卷一一号（二〇〇三年）四頁以下、一七頁〔田口守一発言〕
- (2) その意味で、実質的には違法の重大性が排除の要件であり、排除の相当性は抑止効という排除法則を正当化する根拠として理解しているように思われる。田宮裕「職務質問に付随して行なう所持品検査の許容限度・押収等の手続きに違法のある証拠物の証拠能力」警察研究五五卷一号（一九八四年）七七―七八頁参照。
- (3) そもそも本判決は、いわゆる「排除の相当性」を判断するに際して、具体的事実を何ら掲げていないようにも読める。その点で、「排除の相当性」という要件が、どのような判断枠組みに基づくか不明確である。さらに言えば、「排除の相当性」という要件が、判例において具体的にどのような機能しているのか不明確であり、実質的な意味があるのかどうか検討の余地があるように思われる。
- (4) 最決平成八年一〇月二九日刑集五〇卷九号六八三頁。搜索差押え令状を執行した現場で、警察官が被告人の言動に激して暴行を加えた違法が認められたが、その暴行の時点が証拠物たる覚せい剤発見後であること、被告人の発言に触発されて行われたものであって、証拠物の発見を目的とし搜索に利用するために暴行を為したとは認められないという事実関係下では、証拠能力は否定できないとした。

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例（緑）

(5) 長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」現代刑事法五卷二一〇(二〇〇三年)二九頁以下、三四頁。また、石井一正「最新重要判例評釈(二〇八)」現代刑事法六卷四号(二〇〇四年)七二頁以下、七五頁。椎橋隆幸「逮捕手続の違法と尿鑑定の証拠能力」ジュリスト一二六九号・平成一五年度重判(二〇〇四年)一九七頁以下、大澤裕「違法収集証拠の証拠能力」(3)井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』(第八版、二〇〇五年)一四一頁も同趣旨か。

(6) この点については、一橋大学刑事判例研究会で行われた討議から受けた示唆による。

(7) この点については、一橋大学刑事判例研究会で行われた討議から受けた示唆による。

(8) 最判昭和六一年四月二五日刑集四〇巻三三二一五頁。覚せい剤使用事犯の捜査に際して、警察官が被疑者宅寝室内に承諾なく立ち入り、また明確な承諾のないまま被疑者を警察署に任意同行した上、退去の申出にも応じず、同警察署に留置した。これら任意捜査の域を逸脱した一連の手続きに引き続き、尿の提出、押収が行われた。この事案について、最高裁は、被疑者宅立ち入りから留置に至る一連の手続きと採尿手続きが、「被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうへ、採尿手続きは右一連の手続きによりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮」すべきとし、本件採尿手続も「違法性を帯びる」としたが、留置に際して警察が強要する言動等をせず、また採尿手続も自由意思による応諾だったこと等から、違法の程度の重大性を否定し、また尿の鑑定書を罪証として用いることも違法捜査抑制の見地から「相当でないとは認められない」とし、証拠能力を認めた。

(9) 朝山芳史「時の判例」ジュリスト一二四九号(二〇〇三年)一四四頁以下、一四五頁。

(10) 長沼・前掲(5)三四頁。

(11) 佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室二七五号(二〇〇三年)三八頁以下、四二頁。また、田口ほか・前掲(1)一九頁「田口守一発言」、大澤・前掲(5)一四一頁。

(12) 長沼・前掲(5)三四頁。

(13) 田口ほか・前掲(1)一八頁「河村博発言」。

(14) 清水真「刑事判例研究」法学新報一一〇巻九二一〇号(二〇〇四年)二三三頁以下、二三九―二四〇頁。

(15) 同前二四〇―二四一頁。

(16) なお、この論者と違法収集証拠排除法則について同じ立場に立つと思われる渥美も、最高裁が執行手続きの重大な違反も排除対象とした点を積極的に評価している。渥美東洋「排除法則を支える原理―最（二小）判平一五・二・一四、大津寛せい刑事件に即して―」現代刑事法五卷一―号（二〇〇三年）二三頁以下、二七頁。

(17) 朝山・前掲（9）一四六頁。

(18) 清水・前掲（12）二四三頁。

(19) 中川孝博「違法な逮捕によって得られた資料の証拠能力」法セミ五八二号（二〇〇三年）一一九頁が、「窃盗事件の令状で寛せい刑を発見しても差押えができるわけでもなく、考慮すべき事情とはいえない」としているのも、この違いを踏まえた趣旨か。

(20) 川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀記念論文集・下巻』（有斐閣、一九九八年）五一三頁以下、五二四頁。

(21) 香川喜八郎・判評五四五号（二〇〇四年）四一頁以下、四五頁。

(22) 朝山・前掲（9）一四六頁。

(23) 中川・前掲（19）一一九頁、川出・前掲（20）五三七頁。

(24) 本件の第一審判決（大津地判平成二二年一月一六日刑集五七卷二号一四三頁以下、一五〇頁）によれば、本件寛せい刑事犯に対する搜索差押令状について、「被告人の尿から寛せい刑成分が検出されたとの検査結果を電話聴取書等で確認し、その他被告人の同種前科の存在等を疎明資料として発付」した旨が認定されている。

(25) 同様の認識を示しつつ、裁判官がチェックする機会があることを以って、捜査機関に令状却下のリスクを背負わせている点で違法性を希釈させるものとみなせる、とする見解も示されている。朝山芳史「最高裁判所判例解説」法曹時報五六卷二二号（二〇〇四年）二二二頁以下、二五一頁。

(26) 長沼・前掲（5）三六頁。

逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠たる寛せい刑の証拠能力は肯定された事例（緑）