

違法収集証拠排除論の法的構造に関する一考察

——従来の議論に対する整序の試み——

金子 章

- 第一章 はじめに
- 第二章 違法収集証拠排除論の出発点
 - 第一節 最高裁昭和53年9月7日判決の概要
 - 第二節 その意義
 - 第一款 違法収集証拠排除の根拠とその基準
 - 第二款 排除の対象
- 第三章 違法収集証拠排除論の展開
 - 第一節 違法の承継論
 - 第二節 違法収集証拠の判断基準
- 第四章 おわりに

第一章 はじめに

一 違法な手続によって収集・獲得された証拠、すなわち、違法収集証拠の排除を明示的に認めた法規定は存在しない。

もっとも、これに対し、最高裁は初めて、最高裁昭和53年9月7日判決¹⁾において、違法収集証拠の証拠能力を否定する可能性を理論的に認めた。それ

1) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

以来、違法収集証拠排除に関する判例が着実に積み重ねられるとともに、それらを踏まえて、違法収集証拠排除をめぐる議論が活発に展開されてきた。しかしながら、他方で、それとは裏腹に、違法収集証拠排除をめぐる議論は、より一層、複雑化の様相を呈しつつあるようにも見える。

本稿は、このような状況を踏まえ、これまでに蓄積されてきた判例を素材として、排除の根拠、基準、とりわけ対象という観点から、あらためて違法収集証拠排除に関する議論のあり方ないし枠組みを再検討し、従来の議論に対する整序を試みようとするものである。

二 本稿の構成は、以下のとおりである。まず、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決の概要を確認し、その意義について理論的検討を加える(第二章)。続いて、そこでの検討の成果を踏まえたうえで、その後の違法収集証拠排除論の展開について、排除の対象という点に着目しつつ、検討を加えることにする(第三章)。

第二章 違法収集証拠排除論の出発点

先に述べたように、最高裁は、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決において、違法収集証拠の証拠能力を否定する可能性を理論的に認めたと、わが国における違法収集証拠排除論の展開は、實際上、この判例の出現を契機とするといつてよかろう。そこで、まずは、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決の概要を確認し、検討を加えることにする。

第一節 最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決の概要

P 巡査は、被告人の承諾なく、覚せい剤取締法違反の容疑のあった被告人の着衣上衣の内ポケットに手を入れて、中身を取り出したところ、覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤所持で現行犯逮捕したうえ、覚せい剤を差し押さえた。最高裁は、P 巡査の行為は、「職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当」として、所持品検査を違法とし、覚

せい剤の差押えも違法であるとしたうえで、覚せい剤の証拠能力については、以下のように判示した。

「(一) 違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。』(同法1条)ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法35条が、憲法33条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する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認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

(二) これを本件についてみると、原判決の認定した前記事実によれば、被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出したP巡

査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかった被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであって、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立ってみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」

第二節 その意義

第一款 違法収集証拠排除の根拠とその基準

一 本判決は、捜査機関によって違法に収集・獲得された証拠の証拠能力が問題となったものであるが、結論としては、証拠排除されなかったものの、最高裁として初めて、証拠排除の可能性を理論的に認めたものであり²⁾、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」(違法の重大性)と「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³⁾(排除の相当性)がともに認められる場合に³⁾、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを示している。

2) 松田岳士「違法収集証拠の証拠能力」法学教室 389 号 (2013 年) 26 頁、大谷直人「違法に収集した証拠」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (第 3 版)』(2002 年) 194 頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法 (第 2 版)』(2018 年) 421 頁〔堀江慎司〕、石井一正『刑事実務証拠法 (第 5 版)』(2011 年) 124 頁。

3) 松田・前掲注 2) 28 頁、田宮裕『刑事訴訟法 (新版)』(1996 年) 402-403 頁、酒巻匡『刑事訴訟法 (第 2 版)』(2020 年) 512-514 頁、長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」現代刑事法 5 巻 11 号 (2003 年) 30、36 頁、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』(2016 年) 441-443 頁【以下、「川出①」として引用】、川出敏裕「いわゆる『毒樹の

果実論』の意義と妥当範囲』『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下巻)』(1998年)529-530頁【以下、「川出②」として引用】、緑大輔『刑事訴訟法入門(第2版)』(2017年)321-322頁、渡邊ゆり「違法収集証拠の排除—検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(下)』(2017年)381頁、中谷雄二郎「違法収集証拠の排除—裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(下)』(2017年)395-397頁、大谷・前掲注2)195-196頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』(2013年)157頁、亀井源太郎ほか『プロセス講義刑事訴訟法』(2016年)275頁〔安井哲章〕、山本正樹「違法収集証拠の排除に関する一考察」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下巻)』(2007年)488、500、507頁、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除(下)—最高裁第一小法廷昭和53年9月7日の判決をめぐって—」ジュリスト680号(1978年)110頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(1990年)228頁【以下、「鈴木①」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(1988年)201、204頁【以下、「鈴木②」として引用】、白取祐司『刑事訴訟法(第9版)』(2017年)393-394頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義(第6版)』(2018年)488頁、田中開ほか『刑事訴訟法(第6版)』(2020年)349頁〔長沼範良〕、秋吉淳一郎「違法収集証拠」井上正仁=酒巻匡編『刑事訴訟法の争点(新・法律学の争点シリーズ6)』(2013年)183頁、安富潔『刑事訴訟法講義(第4版)』(2017年)317頁、安富潔『刑事訴訟法(第2版)』(2013年)474頁、石井・前掲注2)125頁、関正晴編『刑事訴訟法(第2版)』(2019年)239頁〔高橋基〕、渡辺直行『刑事訴訟法(第2版)』(2013年)406頁〔但し、競合説が合理的とする〕、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法』(2015年)255、258頁、椎橋隆幸ほか『ポイントレクチャー刑事訴訟法』(2018年)347頁〔加藤克佳〕、大久保隆志『刑事訴訟法』(2014年)302頁、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』(2007年)202頁〔伊藤博路〕、平良木登規男『刑事訴訟法Ⅱ』(2010年)274頁、加藤康榮『刑事訴訟法(第2版)』(2012年)255-256頁【以下、「加藤①」として引用】、加藤康榮『刑事法重要判例を学ぶ』(2012年)308-309頁、半田靖史「違法収集証拠の証拠排除と判断基準」守屋克彦編『刑事訴訟法における学説と実務—初学者のために』(2018年)169頁、大澤裕=杉田宗久「違法収集証拠の排除(最二小判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁)」法学教室328号(2008年)71頁〔大澤、杉田発言〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)(第7巻)』(2012年)504頁〔安廣文夫〕、水野智幸「違法収集証拠排除法則の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題(第3版)』(2015年)401頁、多田辰也「排除法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法(下巻)』(2007年)351頁、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』(2005年)319-320頁〔佐藤隆之〕、三井誠「違法収集証拠の排除[1]」法学教室263号(2002年)152頁、三井誠「違法収集証拠の排除[5]」法学教室267号(2002年)119頁、安東章「先行手続の違法と証拠能力」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(下)(第3版)』

二 このように、最高裁は、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを明確に認めているが、それでは、それは、いかなる根拠・目的に基づいて認められるものなのか、すなわち、違法収集証拠は、何ゆえに排除されなければならないのか、が問題となる⁴⁾。

この点については、本判決がいかなる立場に拠っているのかは、必ずしも定

(2020 年) 543 頁【以下、「安東①」として引用】、安東章「違法収集証拠」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選 (下) (第 2 版)』(2013 年) 376 頁、安東章「違法収集証拠排除法則の展開 (覚せい剤事犯における被疑者の留め置きを中心として)」高嶋智光編集代表『新時代における刑事実務』(2017 年) 147 頁、安東章「刑事事実認定重要事例研究ノート (第 7 回) 違法収集証拠について」警察学論集 67 巻 7 号 (2014 年) 145 頁、司法研修所編『違法収集証拠の証拠能力をめぐる諸問題—裁判例を中心として—』(1988 年) 12 頁 [大淵敏和]、河上和雄「コメント 1」三井誠ほか編『刑事手続 (下)』(1988 年) 621 頁、佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室 275 号 (2003 年) 39 頁、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法 (第 3 版)』(2018 年) 509 頁 [板津正道]、土本武司『刑事訴訟法要義』(1991 年) 435 頁、鈴嶋晋一「違法収集証拠排除法則」川上拓一編『刑事手続法の理論と実務』(2020 年) 378 頁、伊丹俊彦=合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』(2018 年) 846 頁 [辛島明]、松本一郎「違法収集証拠の証拠能力 (1)」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 7 版)』(1998 年) 139 頁、辻川靖夫「違法収集証拠の証拠能力」松尾浩也=岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』(2012 年) 135-136 頁、三好幹夫「違法排除法則—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(2002 年) 343 頁、石井一正「違法収集証拠排除の基準—最判昭 53・9・7 以降の判例を中心として—」判例タイムズ 577 号 (1986 年) 9 頁 [石井一正『刑事訴訟の諸問題』(2014 年) 所収]、岡部泰昌「違法収集証拠の排除法則の根拠に関する考察 (上) (下) —将来における違法な捜査の抑制は正当な根拠および適用基準なのか」判例評論 338 号 (1987 年) 14 頁、339 号 (1987 年) 29 頁、田口守一ほか「《座談会》排除法則の現状と展望」現代刑事法 55 号 (2003 年) 9 頁 [山崎学発言]、小田部米彦「違法に押収された物の証拠能力」『刑事裁判の理論 (鴨良弼先生古稀祝賀論集)』(1979 年) 306 頁。これに対し、両要件を競合的ないし併行的な関係として理解するものとして、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(1985 年) 557 頁、高橋省吾「違法排除法則—裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続 (下)』(1988 年) 610、612-613 頁、田口守一『刑事訴訟法 (第 7 版)』(2017 年) 399 頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法 (第 3 版)』(2013 年) 411 頁。

4) 高田・前掲注 3) 252 頁参照。

かではなく、さまざまな解釈ないし理解が示されているところであるが、一般的には、司法の無瑕性（廉潔性）論、すなわち、違法収集証拠に基づいて、被告人を処罰することは、捜査機関による違法行為を是認し、ひいては、それに加担することに等しく、国民の司法に対する信頼を失わせることになるため、証拠排除することでそれを防ぎ、司法の無瑕性（廉潔性）を保持しようとする見解⁵⁾、および、違法捜査抑止論、すなわち、違法収集証拠の使用を禁止することで、違法な捜査活動によって証拠を獲得しても、それは無駄であると捜査機関に示し、よって、そのような違法捜査の将来における再発を抑止しようとする見解⁶⁾に基づくものと理解されている⁷⁾。そのうえで、先に述べた違法収集証拠排除の基準との関係については、前者における違法の重大性の要件が、司法の無瑕性（廉潔性）論に対応し、後者における排除の相当性は、違法捜査抑止論に対応するものと位置付けられているのである⁸⁾。

もっとも、他方で、このような司法の無瑕性（廉潔性）論および違法捜査抑

-
- 5) 井上・前掲注3) 373頁、川出①・前掲注3) 438頁、宇藤ほか・前掲注2) 417頁〔堀江慎司〕、松田・前掲注2) 25頁、緑・前掲注3) 319頁、鈴木①・前掲注3) 227頁、鈴木②・前掲注3) 202頁、高田・前掲注3) 253頁。
- 6) 井上・前掲注3) 377頁、川出①・前掲注3) 438頁、宇藤ほか・前掲注2) 417頁〔堀江慎司〕、松田・前掲注2) 25頁、緑・前掲注3) 319頁。
- 7) 松田・前掲注2) 27頁、松田岳士「毒樹の果実」長沼範良ほか編『警察基本判例・実務200（別冊判例タイムズ26号）』（2010年）398頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法（第2版）』（2015年）392 - 393、395頁。
- 8) 酒巻・前掲注3) 512、515頁、緑・前掲注3) 321頁、光藤・前掲注3) 157頁、川出①・前掲注3) 443頁、川出②・前掲注3) 530頁、亀井ほか・前掲注3) 274頁〔安井哲章〕、鈴嶋・前掲注3) 378頁、渡邊・前掲注3) 381頁、中谷・前掲注3) 396-397頁、長沼・前掲注3) 36-37頁、大谷・前掲注2) 195-196頁、大澤=杉田・前掲注3) 70、75、78、86頁〔大澤発言〕、69、74-75頁〔杉田発言〕、加藤①・前掲注3) 256頁。なお、違法の重大性につき、違法捜査抑止論および司法の無瑕性論に対応するものと捉えるものとして、長沼ほか・前掲注3) 319頁〔佐藤隆之〕参照。また、違法の重大性と排除の相当性を競合的ないし併行的な関係としつつ、前者は司法の無瑕性論、後者は違法捜査抑止論に対応するものと捉えるものとして、井上・前掲注3) 554、557頁参照。

止論の観点からの二元的な理解とは異なり、違法捜査抑止論に基づいた一元的な理解も有力に主張されている⁹⁾。

三 このような状況を踏まえて、違法収集証拠排除に関する根拠について、どのように見るべきか、あらためて検討を加えることにしよう¹⁰⁾。

国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っている (憲法 13 条)¹¹⁾。このような理解を前提にすると、最高裁は、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを認めているところ、このような違法収集証拠排除の考え方ないし判例法理は、国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置付けられ得るように思われる。すなわち、違法収集証拠排除の根拠・目的は、端的に、個人の権利を保障ないし確保することに求められるのであり、換言すれば、違法行為を抑止することに求められることになる¹²⁾。

他方で、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、別言すれば、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護す

9) 鈴木①・前掲注 3) 227-228 頁、鈴木②・前掲注 3) 204 頁など。

10) なお、以下の議論については、拙稿「私人による違法収集証拠の証拠能力—違法収集証拠排除論の一断面—」『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集』(2021 年刊行予定)も参照。

11) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 (第 5 版)』(2020 年) 119、123、131 頁、市川正人『憲法』(2014 年) i 頁。なお、山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000 年) 64、86、199、248、293 頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (1) —私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢 133 巻 4 号 (1993 年) 17 頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (2・完) —私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢 133 巻 5 号 (1993 年) 7-8、26 頁、山本敬三「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点—」法学教室 171 号 (1994 年) 48-49 頁参照。

12) なお、憲法は、違法行為を抑止するための手段・措置を求めるにとどまり、どのような手段・措置を講ずるかは立法者に委ねられている。その意味で、違法行為を抑止するための措置として違法収集証拠排除を採用することは憲法から直ちに導かれるものではなく、したがって、違法収集証拠排除そのものを憲法上の要求ないし効果として位置付けるのは困難であるように思われる。

べき義務¹³⁾を負っている(憲法13条)。そして、いわゆる違法収集証拠排除法則は、個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置付けられる一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の義務と矛盾・抵触することから、違法収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の具体的な調整が求められることになる。別言すれば、違法収集証拠排除について、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約が加えられるのである。

さて、翻って、最高裁昭和53年9月7日判決に目を向けると、本判決は、「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ものと解すべき」と述べており、違法収集証拠排除の根拠としては、将来の違法捜査を抑止しようとする違法捜査抑止論の立場に立っているものと考えられる¹⁴⁾。

-
- 13) 長沼範良「刑事訴訟法の目的」法学教室197号(1997年)26頁、田中ほか・前掲注3)5頁〔長沼範良〕、棚町祥吉『逮捕(改訂)』(1992年)v頁参照。平川宗信『刑事法の基礎(第2版)』(2013年)104-109頁、山口厚『刑法(第2版)』(2011年)4-6頁、山口厚『刑法総論(第2版)』(2007年)2-6頁、西田典之『刑法総論(第2版)』(2010年)30-31頁、林幹人『刑法総論(第2版)』(2008年)12-13頁なども参照。
- 14) 中川孝博『刑事訴訟法の基本』(2018年)226、228頁、山本・前掲注3)500、504、511頁、鈴木①・前掲注3)227-228頁、鈴木②・前掲注3)204頁、田口・前掲注3)398頁、上口裕『刑事訴訟法(第4版)』(2015年)517頁、関編・前掲注3)239頁〔高橋基〕、葛野尋之ほか編『判例学習・刑事訴訟法(第2版)』(2015年)242頁〔中川孝博〕、大久保・前掲注3)300頁、上口裕ほか『刑事訴訟法(第5版)』(2013年)231頁〔上口裕〕、渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第2版)』(2009年)193頁、田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(2004年)262頁〔加藤克佳〕、村井敏邦編『現代刑事訴訟法(第2版)』(1998年)114頁〔川崎英明〕、土本・前掲注3)436頁、森井暉「違法収集証拠」佐々木史朗ほか編『刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズ7号)』(1980年)329頁、河上和雄『捜索・差押(証拠法ノート1)(改訂版)』(1998年)286頁、小早川義則「毒樹の果実」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第3版)』(2002年)199頁、石井・前掲注3)12、16頁。小川佳樹「排除法則について」井上正仁先生古稀祝賀論文集(2019年)655、658-662頁も参照。

もっとも、先に述べたように、違法収集証拠排除の根拠は、個人の権利を保障ないし確保すること、すなわち、違法行為の抑止に求められるところ、本判決の事案は、捜査機関による違法な手続によって収集・獲得された証拠の証拠能力が問題となったものであり、そのような具体的事案を前提にして、それに即した表現が用いられていることに留意する必要がある¹⁵⁾。

そのうえで、本判決は、証拠排除の基準ないし要件として、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」(違法の重大性)と「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」(排除の相当性)を指摘しているところ、本判決が拠って立つと思われる違法収集証拠排除の根拠との関係において、これらの基準ないし要件は、いかなる位置づけを有するか、が問題となる。

この点、本判決が掲げる違法の重大性の要件は、個人の基本的人權の保障と公共の福祉の維持との一般的・類型的な調整ないし利益衡量の結果として捉えられるべきであろう。それに対して、排除の相当性の要件は、個人の基本的人權の保障と公共の福祉の維持との間の個別具体的な調整ないし利益衡量を求める趣旨に基づくものであり、すなわち、将来の違法捜査の抑止の見地からの証拠排除の必要性と証拠を用いる(ことによって犯人を特定して処罰する)必要性との個別具体的な調整ないし利益衡量を要求しているものと見ることができよう¹⁶⁾。

15) なお、光藤・前掲注 3) 164 頁、三井誠=酒巻匡『入門刑事手続法(第 8 版)』(2020 年) 282 頁、石井・前掲注 2) 123、128 頁、葛野ほか編・前掲注 14) 242 頁〔中川孝博〕参照。

16) 例えば、当該違法行為について将来の反復可能性が認められなければ、前者の証拠排除の必要性が低減するから、排除の相当性が否定される方向に結び付くことになる。従来、当該違法行為の将来の反復可能性がなければ、排除の相当性は否定されるとされてきたが(鈴木①・前掲注 3) 228 頁、鈴木②・前掲注 3) 208 頁、石井・前掲注 2) 125 頁、石井・前掲注 3) 16 頁、宇藤ほか・前掲注 2) 423 頁〔堀江慎司〕、松田・前掲注 2) 28 頁、池田=前田・前掲注 3) 488 頁、半田・前掲注 3) 169 頁、大澤=杉田・前掲注 3) 71 頁(杉

第二款 排除の対象

一 前款では、違法収集証拠排除の根拠とその基準について検討を加えたが、そもそも、その排除の対象とされるのは、いうまでもなく、違法な手続によって収集・獲得された証拠、すなわち、違法収集証拠である。別言すれば、手続上の違法を根拠・原因・理由として収集・獲得された証拠については、そのことゆえに、違法収集証拠として排除の対象とされるのである。

それでは、排除の対象、すなわち、違法収集証拠とは何を意味するのであろうか。この問題は、広い意味では、排除の要件に関する問題として位置付けられようが¹⁷⁾、厳密には、それとは明確に区別されるべき問題である¹⁸⁾。

もともと、この問題は、従来、等閑視され、必ずしも自覚的に議論されてはこなかったように思われる。そこで、この問題にも焦点を当てて、検討を進めていくことにする。

二 さて、排除の対象となるのは、違法収集証拠、すなわち、違法な手続によって収集・獲得された証拠であるが、それは、具体的に何を意味するのであろうか。この点については、最高裁昭和53年9月7日判決が、一定の示唆を与えている。

本判決は、P 巡査の行為について、「職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当」として、所持品検査を違法とし、「違法な所持品検査及びこれに続いて行われた試薬検査によってはじめて覚せい剤所持の事実が明らかとなった結果、被告人を覚せい剤取締法違反被疑事実で現

田発言)、樹下尚「違法収集証拠の証拠能力(下)」警察学論集46巻6号(1993年)106頁、安東①・前掲注3)543頁、辻川・前掲注3)136頁、三好・前掲注3)344頁)、それはこのような意味において捉えられる。また、後者の証拠を用いる必要性についていえば、証拠の重要性や事件の重大性といった点が考慮の対象となり得る(酒巻・前掲注3)516頁。なお、これに対し、宇藤ほか・前掲注2)423頁〔堀江慎司〕参照)。

17) 酒巻・前掲注3)517頁参照。

18) 酒巻・前掲注3)510頁参照。

行犯逮捕する要件が整った本件事案においては、右逮捕に伴い行われた本件証拠物の差押手続は違法といわざるをえないものである」と述べたうえで、そのような違法な差押手続により得られた覚せい剤の証拠能力について論じ、押収手続の違法は必ずしも重大でないなどとして、結論として、覚せい剤の証拠能力を肯定しているのである。

以上の判示を踏まえると、本件では、違法な差押手続により直接獲得された証拠の証拠能力が問題となっているのであって、ここからは、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、排除の対象とされているものと見て取ることができるであろう。そして、このような立場は、その後の判例においても当然の前提として、維持・踏襲され続けているのである。

第三章 違法収集証拠排除論の展開

第一節 違法の承継論

一 さて、前章では、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、排除の対象とされていることが確認されたが、このような理解と密接に関連するのが、違法の承継論である。最高裁が、違法収集証拠排除論との関係において、違法の承継論を明示的に示したのが、最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決¹⁹⁾である。事案は、以下のとおりである。

警察官 3 名は、覚せい剤事犯の前科のある X（被告人）が再び覚せい剤を使用しているとの情報を得たため、私服で X 宅に赴き、X の明確な承諾があったとは認められないにもかかわらず、屋内に立ち入ったうえで、ベッドで目を閉じて横になっていた X の枕許に立ち、声をかけて同行を求めたところ、金融屋の取立てと勘違いした X がこれに応じたため、X を車両に乗せて警察署

19) 最判昭和 61 年 4 月 25 日刑集 40 卷 3 号 215 頁。

に同行した。Xは、車中で同行しているのは警察官達ではないかと考えたが、反抗することもなかった。Xは、警察署での事情聴取で、覚せい剤の使用を認め、尿の提出にも応じた。この間、Xは、採尿の前と後の少なくとも2回、タクシー乗務員になるための試験を受ける予定である旨を告げたが、警察官は退去の申し出に応じなかった。その後、提出された尿中から覚せい剤成分が検出されたため、Xは、覚せい剤の自己使用により逮捕され、その後起訴された。本件では、尿の鑑定書の証拠能力が問題とされたが、本判決は、以下のように判示して、証拠能力を肯定した。

「本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手續と採尿手續は、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え、採尿手續は右一連の手續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、右採尿手續の適法違法については、採尿手續前の右一連の手續における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手續が違法であると認められる場合でも、それをもって直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書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」と認められるときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである」としたうえで、「本件をみると、採尿手續前に行われた前記一連の手續には、被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、被告人宅からの任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、被告人の退去の申し出に応ぜず警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手續も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない。しかし、被告人宅への立ち入りに際し警察官は当初から無断で入る意図はなく、玄関先で声をかけるなど被告人の承諾を求める行為に出ていること、任意同行に際して警察官により何ら有形力は行使されておらず、途中

で警察官と気付いた後も被告人は異議を述べることなく同行に応じていること、警察官において被告人の受験の申し出に応答しなかったことはあるものの、それ以上に警察署に留まることを強要するような言動はしていないこと、さらに、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づき行われていることなどの事情が認められるのであって、これらの点に徴すると、本件採尿手続の帶有する違法の程度は、いまだ重大であるとはいえ、本件尿の鑑定書を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないから、本件尿の鑑定書の証拠能力は否定されるべきではない。」

証拠収集に至るプロセスにおいては、複数の手続が積み重なっていることが少なくない。直接の証拠収集手続自体には、何ら問題がなく、適法と評価される場合であっても、それ以前の手続段階において、違法が認められることがあり得る²⁰⁾。その場合に、そのような先行手続の違法というものを、違法収集証拠排除の枠組みの中に取り入れるのか、取り入れるとして、どのように取り入れるのか、が問題となる²¹⁾。そして、それに対する回答の一つが、上記最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決が示した違法の承継論である。

本件では、X は採尿手続に任意に応じており、直接の証拠収集手続である採尿手続それ自体には問題がなく、適法である。したがって、本来であれば、そもそも、尿（の鑑定書）は、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠、すなわち、違法収集証拠ではなく、排除の対象とはなり得ないはずである。しかしながら、本判決は、採尿手続前に行われた一連の手続と採尿手続とが「同一目的」に向けられているうえ、採尿手続はその一連の手続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を指摘し、先行手続たる一連の手

20) 川出①・前掲注 3) 450 頁。

21) 井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（2019 年）701 頁参照。

続の違法は採尿手続に承継され、採尿手続も違法性を帯びることを認めたのである（もっとも、本判決は、そのうえで、違法な採尿手続について、最高裁昭和53年9月7日判決が示した排除基準を適用し、結論として、証拠能力を肯定した）。

このように、本判決は、先行手続の違法を後行手続が承継することを認める違法の承継論を認め、先行手続の違法が、それ自体として適法な直接の証拠収集手続に承継されることを肯定している。それにより、直接の証拠収集手続は違法と評価され、それによって得られた証拠は、違法収集証拠として、排除の対象として措定されることになる。すなわち、直接の証拠収集手続を介して、先行手続の違法を違法収集証拠排除の枠組みの中に取り入れることが可能になっているのである²²⁾。

二 先に見たように、最高裁昭和61年4月25日判決は、先行手続の違法を後行手続が承継することを認めており、その際、先行手続と後行手続が「同一目的」に向けられており、後行手続が、先行手続によりもたらされた状態を「直

22) 先行手続の違法が直接の証拠収集手続に承継され、直接の証拠収集手続が違法と評価された場合、それによって得られた証拠は、違法収集証拠である以上、排除の対象となり、最高裁昭和53年9月7日判決が示した排除基準に基づいて、証拠能力が否定されるかが判断されることになる。もっとも、その判断の結果として、証拠能力が否定されるとの結論に至ったとしても、抑止の対象となるのは、先行手続に存する違法である。直接の証拠収集手続が違法と評価されるとしても、その違法は直接の証拠収集手続に固有のものではなく、その違法は先行手続に由来するものにすぎないからである。その意味において、直接の証拠収集手続は、違法収集証拠としての排除の対象を設定するために、謂わば、先行手続の違法を受け入れる受け皿（容器）としての役割・機能を果たしているにすぎないのである。なお、抑止の対象として、直接の証拠収集手続の違法を措定することを避けるため、直接の証拠収集手続の違法につき、証拠法上の概念（小川・前掲注14）670-672頁参照）、あるいは、機能的な概念（井上・前掲注21）728頁参照）と捉える見方も想定され得る。しかしながら、違法は違法であり、ただ直接の証拠収集手続に存する違法は先行手続に由来するものであることに留意すれば、それで足りるように思われる。

接利用」してなされていることに言及している。そのうえで、問題となるのは、このように、本判決が、「同一目的」「直接利用」に言及していることの意味をどのように捉えるべきか、その位置付けをどのように理解するべきか、ということである。

確かに、本判決は、「同一目的」「直接利用」に言及して違法の承継を認めているところ、この点を一般化して捉え、「同一目的」「直接利用」は違法の承継の要件であると見ることが可能である²³⁾。この場合、「同一目的」および「直接利用」のいずれが欠けても、先行手続から後行手続への違法の承継は認められないことになろう。

もっとも、その後においても、違法の承継を認めた最高裁判例が続いている。その一つが、最高裁昭和 63 年 9 月 16 日決定²⁴⁾である。

最高裁昭和 63 年 9 月 16 日決定の事案は、以下のとおりである。

警察官 P は、パトカーで警ら中、X を発見した。覚せい剤使用の疑いを抱き、職務質問をすべく声をかけたところ、X が逃げ出したため、追跡し、取り押さえた。P は、X に対し、車で 2、3 分の距離にある最寄りの警察署へ同行するよう求めたが、X が、片手をドアガラスの上に置き、突っ張るような状態で乗車を拒んだので、説得し、X は、渋々ながら手の力を抜いて後部座席に自ら乗車した。その際、P は、X が紙包みを路上に落とすのを現認し、中味を見分したところ、覚せい剤様のものを発見し、そのまま保管した。乗車後も、X が肩をゆすり、腕を振るなどして暴れるため、両側から X の手首を握るなどして制止する状態のまま、警察署に到着し、両側から抱えるような状態で同署 4 階の部屋まで X を同行した。同室では、P が職務質問をし、次いで、所

23) 山田耕司「尿の任意提出における『同一目的・直接利用』基準」判例タイムズ 779 号 (1992 年) 53 頁、山口雅高「違法収集証拠の証拠能力 (2)」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 8 版)』(2005 年) 138-139 頁。

24) 最決昭和 63 年 9 月 16 日刑集 42 巻 7 号 1051 頁。

持品検査を求めると、Xはふてくされた態度で上衣を脱いで投げ出したので、所持品検査についての黙示の同意があったものと判断し、Pが上衣を調べ、別の警察官らがXの着衣の上から触れるようにして所持品検査をするうち、外部から見てXの左足首付近の靴下の部分が脹らんでいるのを見つけ、そのまま中のものを取り出して確認したところ、覚せい剤様のもの一包みや注射器、注射針等が発見された。上記覚せい剤様のものの試薬検査を実施したところ、覚せい剤特有の反応が出たため、Xを覚せい剤所持の現行犯人として逮捕し、覚せい剤二包みと注射器等を差し押さえた。その後、Xに排尿とその尿の提出を求めたところ、Xは当初は応じなかったが、説得され、納得して任意に尿を出し提出した。その後、Xは、覚せい剤所持および使用の罪で起訴されたが、公判において、覚せい剤、尿及びその鑑定書の証拠能力を争った。本決定は、以下のように判示した。

「警察官の捜査活動の適否についてみるに、・・・浅草署への被告人の同行は、被告人が洪々ながら手の力を抜いて後部座席に自ら乗車した点をいかに解しても、その前後の被告人の抵抗状況に徴すれば、同行について承諾があったものとは認められない。次に、浅草署での・・・所持品検査・・・についても、被告人がふてくされた態度で上衣を脱いで投げ出したからといって、被告人がその意思に反して警察署に連行されたことなどを考えれば、黙示の承諾があったものとは認められない。本件所持品検査は、被告人の承諾なく、かつ、違法な連行の影響下でそれを直接利用してなされたものであり、しかもその態様が被告人の左足首付近の靴下の脹らんだ部分から当該物件を取り出したものであることからすれば、違法な所持品検査といわざるを得ない。次に、・・・採尿手続自体は、被告人の承諾があったと認められるが、前記一連の違法な手続によりもたらされた状態を直接利用して、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びるものと評価せざるを得ない」としたうえで、「本件所持品検査及び採尿手続の違法は、未だ重大であるとはいえず、右手続により得られた証拠を被告人の罪証に供することが、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、結論として、覚せい剤、尿及びその鑑定書の証拠能力を肯定した。

本決定は、本件所持品検査につき、「違法な連行の影響下でそれを直接利用してなされたものであ[る]」ことを指摘して、違法と評価しており、また、採尿手続も、「一連の違法な手続によりもたらされた状態を直接利用して、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びる」として、違法と評価しているが、そこでは、「直接利用」に言及するのみで、「同一目的」には言及していない。

したがって、この点をどのように理解すべきか、が問題となるが、一方で、最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決と同様、「同一目的」「直接利用」を違法の承継の要件としているとの理解が前提とされているとの理解があり得る。すなわち、本決定では、「同一目的」であることは明白であるので言及されていないとするのである²⁵⁾。しかしながら、「同一目的」および「直接利用」のいずれもが必須の要件であるならば（あるいは、あるにもかかわらず）、その判示において、明らかに「直接利用」のみに言及しているのは、不自然な事象であるように思われる。他方で、違法の承継の要件は、結局のところ、「直接利用」のみに収斂されるとの理解もあり得よう²⁶⁾。しかしながら、その場合においても、最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決が、「直接利用」と並んで、「同一目的」にも言及していたことの意味が、やはり問われることになろう。

このようなことからすると、最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決が、違法の承継の要件・基準として、「同一目的」および「直接利用」を措定していたとの、その理解自体の妥当性が問われなければならないように思われる。そもそも、最高裁昭和 61 年判決は、「同一目的」「直接利用」に言及してはいるものの、

25) 葛野ほか編・前掲注 14) 245 頁〔中川孝博〕、山口・前掲注 23) 138 頁。

26) 田口守一「尿の提出及び押取手続は違法性を帯びるが、尿についての鑑定書の証拠能力は否定されなかった事例」判例評論 335 号〔判例時報 1212 号〕64 頁参照。

それは、あくまでも、本件具体的事案との関係において、違法の承継を了とする具体的事情が示されていたに過ぎないのであって²⁷⁾、一般的に、違法の承継の要件が示されたものと評価すべきではないであろう。そうだとすれば、次に、そのような具体的な事情ないし要素を統括する指針ないし指標としての違法の承継の要件・基準はどのように考えられるべきか、が問題となるが、この点については、先行手続と後行手続の間に違法の承継を認め得るだけの関係性、すなわち、両者に密接な関連性が認められるかが、違法の承継の要件・基準となるものと考えべきである。結局のところ、違法の承継を認めるにあたって重要なのは、先行手続と後行手続の間に密接な関連性が認められるかどうかであって、「同一目的」「直接利用」が認められるかどうかではないのである。そして、最高裁昭和61年判決は、具体的事案との関係で、「同一目的」「直接利用」という事情を踏まえて、密接関連性を肯定し²⁸⁾、違法の承継を認めたのであり、最高裁昭和63年9月16日決定は、具体的事案との関係で、「直接利用」という事情を踏まえて、密接関連性を肯定し、違法の承継を認めたということなのである。

その後の最高裁平成7年5月30日決定²⁹⁾も、違法の承継を認めている。本決定は、尿の鑑定書の証拠能力が問題となったものであるが、「本件採尿手続についてみると、・・・警察官が本件自動車内を調べた行為が違法である以上、右行為に基づき発見された覚せい剤の所持を被疑事実とする本件現行犯逮捕手続は違法であり、さらに、本件採尿手続も、右一連の違法な手続によりもたらされた状態を直接利用し、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びるといわざるを得ない」としたうえで、「右採尿手続の違法は、いまだ

27) 川出①・前掲注3) 454頁、井上・前掲注21) 702頁、小川・前掲注14) 668頁。

28) 川出①・前掲注3) 454頁。

29) 最決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁。

重大とはいえ、これによって得られた証拠を被告人の罪証に供することが違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められない」として、結論として、尿の鑑定書の証拠能力を肯定した。

本決定は、本件採尿手続につき、「右一連の違法な手続によりもたらされた状態を直接利用し、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びる」とし、「直接利用」に言及しているが、これは、最高裁昭和 63 年 9 月 16 日決定と同様、先行手続と後行手続との間の密接関連性を違法の承継の要件・基準とすることを前提としたうえで、「直接利用」という事情の存在を踏まえて、密接関連性を肯定し、違法の承継を認めたものと理解することができよう。

三 さて、最高裁は、これまで見てきたように、違法の承継論を採用しているが、この違法の承継論の存在を明示的に示したのは、最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決である。もっとも、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決においても、「違法な所持品検査及びこれに続いて行われた試薬検査によってはじめて覚せい剤所持の事実が明らかとなった結果、被告人を覚せい剤取締法違反被疑事実で現行犯逮捕する要件が整った本件事案においては、右逮捕に伴い行われた本件証拠物の差押手続は違法といわざるをえない」と述べられており、すでに違法の承継論が当然の前提として採用されている³⁰⁾。本件では、先行手続と後行手続の間に密接な関連性があることが明白であり、違法の承継の有無が特段問題にされなかったものといえよう³¹⁾。

このような違法の承継論の存在は、判例の展開に大きく寄与している。最高裁は、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、

30) 小川・前掲注 14) 667、675 頁参照。

31) なお、最高裁平成 7 年 5 月 30 日決定において、「警察官が本件自動車内を調べた行為が違法である以上、右行為に基づき発見された覚せい剤の所持を被疑事実とする本件現行犯逮捕手続は違法であ〔る〕」と述べられているが、先行行為と後行行為との間の密接関連性の存在は明白であり、当然の前提とされているものといえよう。

排除の対象とされるとの立場を前提に、直接の証拠収集手続が適法であっても、違法の承継論を用いて、先行手続の違法を直接の証拠収集手続に承継させ、直接の証拠収集手続を違法と評価することで、排除の対象を措定してきた。これによって、先行手続の違法を違法収集証拠排除の枠組みの中に取り入れることが可能になっているのである³²⁾。

しかしながら、翻って考えてみるならば、そもそも、排除の対象が、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠に限られる必要があるであろうか。

先に述べたように、排除の対象である違法収集証拠とは、違法な手続によって収集・獲得された証拠である。換言すれば、手続上の違法を根拠・原因・理由として収集・獲得された証拠であり、そのような手続上の違法を根拠・原因とするがゆえに、当該証拠は排除の対象となるのである。そうだとすれば、重要なのは、手続上の違法を根拠・原因として収集・獲得されたのか否か、であって、手続上の違法が直接の証拠収集手続に存在するのか否かということは、本質的な問題ではない。結局のところ、排除の対象となる違法収集証拠とは、手続上の違法を根拠・原因として収集・獲得された証拠を意味するのであり、そうだとすれば、問題は、いかなる場合に、手続上の違法を根拠・原因として収集・獲得された証拠と評価し得るのか、その基準、つまり、違法収集証拠の判断基準である。この点で、重要なのは、最高裁判平成15年2月14日判決³³⁾である。

32) なお、違法の承継論は、先行手続のみが違法の場合だけでなく、先行手続とともに直接の証拠収集手続が違法の場合にも問題となり得る。この場合、先行手続の違法が承継され、直接の証拠収集手続の違法と合算されることになるが、このように単純に合算することには異論もあり得るかもしれない(井上・前掲注21)728頁参照)。しかしながら、先行手続と直接の証拠収集手続とは異なる手続であり、それぞれ違法と評価される契機・根拠は異なるとしても、違法との評価自体には何ら違いはないのであるから、先行手続の違法と直接の証拠収集手続の違法を合算し、例えば、違法は重大であると評価することは可能であろうし、むしろ、それは自然なことのように思われる。

33) 最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁。

第二節 違法収集証拠の判断基準

一 最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決の事案は、以下のとおりである。

窃盗の被疑事実による逮捕状が発付されていた X (被告人) の自宅に、警察官が逮捕状を携行しないで赴き、X を逮捕した。逮捕後、X は警察署内で尿の任意提出に応じ、鑑定の結果、尿から覚せい剤成分が検出され、覚せい剤使用を被疑事実とする X 方の搜索差押許可状が発付された。すでに発付されていた窃盗被疑事件についての搜索差押許可状と併せて執行され、X 方の搜索が行われた結果、覚せい剤が発見されて差し押さえられた。

なお、上記の窃盗による X の逮捕は、逮捕状を呈示することなく、かつ、緊急執行の手続もとられていなかったが、逮捕状には、逮捕状を呈示して逮捕した旨の記載があり、捜査報告書にも同旨の記載がなされていた。さらに、その後の公判においても、警察官は、X に逮捕状を呈示した旨の証言を行った。

このような事案において、尿の鑑定書、覚せい剤及びその鑑定書の証拠能力が問題となったが、本判決は、尿の鑑定書については、以下のように判示した。

「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・・・という手続的な違法があるが、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、・・・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表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。そして、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」としたうえで、「本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、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逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきであり」、「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」と述べ、結論として、尿の

鑑定書の証拠能力を否定した。

本判決は、「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」と判示している。それからすると、本判決は、排除の対象である違法収集証拠については、もはや、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠に限るのではなく、むしろ広く、違法な手続と密接な関連のある証拠を違法収集証拠として捉えていることが窺われるのである³⁴⁾。そして、このような違法収集証拠に該当することによって初めて、最高裁昭和53年9月7日判決が示した排除基準、すなわち、「違法の重大性」および「排除の相当性」を適用し、排除の肯否が判断されることとなる。

従来、学説においては、最高裁平成15年2月14日判決が示した「密接関連性」については、違法収集証拠の排除基準との関係で論じられるのが一般であった。すなわち、密接関連性は、「違法の重大性」との関係で位置付けるか³⁵⁾、あるいは、「排除の相当性」との関係で位置付けるか³⁶⁾は³⁷⁾ともかくとして、違

34) もっとも、これに対し、違法の承継論との関係で理解するものとして、小川・前掲注14) 668頁、朝山芳史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）』41頁、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8版）』(2005年) 141頁。

35) 中谷・前掲注3) 403頁、石井一正『刑事訴訟の諸問題』(2014年) 411頁、朝山・前掲注34) 53頁。石井・前掲注3) 14-15頁、石井・前掲注2) 151頁、三好・前掲注3) 345頁参照。

36) 松田・前掲注2) 30頁、川出①・前掲注3) 462頁、緑・前掲注3) 325-326頁、緑大輔「違法収集証拠排除法則と捜査機関の後行行為」季刊刑事弁護97号(2019年) 50頁、酒巻・前掲注3) 516、518頁、大澤・前掲注34) 141頁、長沼・前掲注3) 33-34頁。川出②・前掲注3) 532頁参照。

37) なお、違法の重大性および排除の相当性との関係で考慮するものとして、大澤=杉田・前掲注3) 77-78頁〔大澤発言〕、池田公博「違法な手続または証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠の証拠能力」ジュリスト1338号(2007年) 216頁参照。

法な手続と証拠との関連性ないし因果性の程度を表す指標として評価されてきたように思われる。そして、そこでは、違法収集証拠に関して、違法な手続と関連性のある証拠であるとの理解が当然に、ないし暗黙裡に前提とされているものといえよう³⁸⁾。しかしながら、最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決が示した「密接関連性」の判示部分は、排除の対象たる違法収集証拠とは何か、その意義を示したものと理解すべきである。その意味において、この点を排除基準との関係で捉えてきた従来の理解とは異なる。むしろ、最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決における判示、すなわち、「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」との判示の仕方あるいは表現ぶりからしても、排除の対象たる違法収集証拠の意義を示したものと見るのが自然な読み方ないし理解であるように思われる。

このような違法収集証拠に関する理解は、その後の最高裁判例によっても踏襲されている。

最高裁平成 29 年 3 月 15 日判決³⁹⁾ は、GPS 捜査の許容性が問題となったものであるが、その判示において、「本件 GPS 捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した第 1 審判決は正当であ[る]」と述べているところ⁴⁰⁾、違法な GPS 捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠について、違法の重大性と排除の相当性が肯定され、証拠能力が否定されたものと理解することができる。そこでは、違法な手続に

38) このような違法収集証拠の理解として、酒巻・前掲注 3) 510、517 頁、井上・前掲注 21) 707 頁、小川・前掲注 14) 670 頁など。

39) 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 巻 3 号 13 頁。

40) なお、本判決につき、井上・前掲注 21) 709-711 頁参照。

よって直接に獲得された証拠にとどまらず、違法な手続と密接な関連性を有する証拠が違法収集証拠として排除の対象となることが、明示的に確認されているのである⁴¹⁾。

二 このように、違法な手続と密接な関連性を有する証拠が違法収集証拠として排除の対象として措定されるが、他方で、先に見たように、先行手続と後行手続の間に密接関連性が認められれば違法が承継されるとする違法の承継論が存在しており、両者の関係について付言する。

この点については、先行手続と後行手続の間に密接関連性が認められれば違法が承継されるとする違法の承継論は、結局のところ、排除の対象たる違法収集証拠に該当するかという問題に解消ないし収斂されるとの見方もあり得るかもしれない⁴²⁾。しかしながら、そもそも、先行手続の違法が後行手続に承継されるかという違法の承継の問題と、排除の対象たる違法収集証拠に該当す

41) 下級審裁判例においても、同様の理解に基づく判断が踏襲されている。東京高判令和元年7月16日判時2459号110頁は、尿の鑑定書の証拠能力が問題となったものであるが、「本件鑑定書に係る被告人の尿は、・・・一連の捜査過程を経た本件令状請求に基づいて強制採尿に係る捜索差押許可状が発付され、それが被告人に呈示された上で実施された採尿手続で採取され、差し押さえられたものである。本件の一連の捜査過程の違法は、覚せい剤の所持の嫌疑に係るものではあるが、本件令状請求が、覚せい剤の所持のみならず使用についても同じ疎明資料を用いて行われており、両者が相互に密接に関係することからすれば、本件鑑定書は、重大な違法がある・・・一連の捜査手続と密接な関連性を有するものとして、一連の違法な手続の影響を免れないというべきである。また、警察官らは、・・・本件令状請求において、記載すべき事実を殊更に記載せずに、不正確な事実を記載したばかりか、原審公判でも、これと同旨の証言を行ったのであり、これら一連の経過は、警察官らが手続的な違法を糊塗しようとするものであって、本件鑑定書を証拠として許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からしても相当でないといわざるを得ない。」と判示し、尿の鑑定書の証拠能力を否定した。本判決は、違法な一連の捜査手続と「密接な関連性を有する」尿の鑑定書について、違法の重大性と排除の相当性を認めて、尿鑑定書の証拠能力を否定したものと理解することができる。

42) なお、酒巻・前掲注3) 517-518頁参照。

るかという問題は、性質の異なる別個の問題であるし、前者の問題は、違法収集証拠の排除に固有の問題でも必ずしもないのである⁴³⁾。その意味において、違法の承継論は独自性を有するのであり、したがって、違法の承継論と排除の対象としての違法収集証拠該当性の問題は、明確に区別されなければならない。

第四章 おわりに

一 本稿は、冒頭でも述べたように、これまでに蓄積されてきた判例を素材として、排除の根拠、基準、とりわけ対象という観点から、あらためて違法収集証拠排除に関する議論のあり方を再検討し、従来の議論に対する整序を試みようとするものである。本章では、最後に、第二章および第三章で行われてきた検討を簡潔に総括し、それをもって、本稿の結びとしたい。

二 最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決は、最高裁として初めて、違法収集証拠排除の可能性を理論的に認め、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」（違法の重大性）と「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」（排除の相当性）がともに認められる場合に、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを示した。

それでは、違法収集証拠排除に関する根拠については、どのように見るべきであろうか。

国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っている。最高裁は、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを認めているが、このような違法収集証拠排除の考え方ないし法理は、国家が負うべき個人的基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現する

43) 例えば、違法な逮捕手続に引き続き勾留請求の適否が問題となった東京地決平成 22 年 2 月 25 日判タ 1320 号 282 頁は、被疑者に対する現行犯人逮捕手続は違法な開錠行為を契機としてなされていることから、本件逮捕手続に違法があるとしている。

ための手段・措置として位置付けられる。その意味において、違法収集証拠排除の根拠・目的は、個人の権利を保障ないし確保すること、すなわち、違法行為を抑止することに求められる。

もっとも、他方で、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、別言すれば、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護すべき義務を負っており、違法収集証拠排除は、個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置付けられる一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の義務と矛盾・抵触することから、違法収集証拠排除は無条件・無制約に許されるわけではなく、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約に服するのであり、そこでは、違法収集証拠排除に関する基準ないし要件が問われることになる。

最高裁昭和53年9月7日判決は、「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ものと解すべき」と述べており、違法収集証拠排除の根拠としては、将来の違法捜査を抑止しようとする違法捜査抑止論の立場に立つことを示しているが、これは本判決における具体的事案を前提として、それに即した形での表現が用いられているものと見ることができる。

そのうえで、本判決は、証拠排除の基準ないし要件として、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」（違法の重大性）と「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」（排除の相当性）を指摘している。本判決が掲げる違法の重大性の要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との一般的・類型的な調整ないし利益衡量の結果として捉えられるのに対し、排除の相当性の要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の個別具体的な調整ないし利益衡量を求める趣旨に基づくものであり、すなわち、将来の違法捜査の抑止の見地からの証拠排除の必要性と証拠を用いる（ことによって犯人を特定して

処罰する) 必要性との個別具体的な調整ないし利益衡量を要求している。

三 このように、違法収集証拠排除の根拠および基準が捉えられるとして、次に、その前提として、排除の対象が問題となる。いうまでもなく、排除の対象は、違法な手続によって収集・獲得された証拠、すなわち、違法収集証拠であるが、それが具体的に何を意味するのか、がそもそも問われなければならない。

最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決は、違法な差押手続により直接獲得された証拠の証拠能力が問題となっており、そこでは、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、排除の対象とされているものと見ることができる。そして、このような理解と密接に関連するのが、違法承継論である。

最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決は、先行手続の違法を後行手続が承継することを認める違法の承継論を認め、先行手続の違法が、それ自体として適法な直接の証拠収集手続に承継されることを肯定している。それにより、直接の証拠収集手続は違法と評価され、それによって得られた証拠は、違法収集証拠として、排除の対象として措定される。すなわち、直接の証拠収集手続を介して、先行手続の違法を違法収集証拠排除の枠組みの中に取り入れることが可能である。本判決は、違法の承継を認めるに際し、先行手続と後行手続が「同一目的」に向けられており、後行手続が、先行手続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言及しているが、それは、あくまでも、本件具体的事案との関係において、違法の承継を了とする具体的事情が示されていたに過ぎないのであって、一般的に、違法の承継の要件が示されたものではない。そして、そのような具体的な事情ないし要素を統括する指針ないし指標としての違法の承継の要件・基準についていえば、先行手続と後行手続の間に違法の承継を認め得るだけの関係性、すなわち、両者に密接な関連性が認められるかが、違法の承継の要件・基準となる。

このような違法の承継論は、排除の対象が、違法な手続によって直接収集・

獲得された証拠であることを前提にするものである。しかしながら、排除の対象は、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠に限られる必要はない。排除の対象である違法収集証拠とは、違法な手続によって収集・獲得された証拠である。換言すれば、手続上の違法を根拠・原因・理由として収集・獲得された証拠であり、そのような手続上の違法を根拠・原因とするがゆえに、当該証拠は排除の対象となる。そうだとすれば、重要なのは、手続上の違法を根拠・原因として収集・獲得されたのか否か、であって、手続上の違法が直接の証拠収集手続に存在するの否かということは、本質的な問題ではない。結局のところ、排除の対象となる違法収集証拠とは、手続上の違法を根拠・原因として収集・獲得された証拠を意味するのであり、そうだとすれば、問題は、いかなる場合に、手続上の違法を根拠・原因として収集・獲得された証拠と評価し得るのか、その基準、つまり、違法収集証拠の判断基準である。

この点、最高裁平成15年2月14日判決は、「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」と判示しており、本判決は、排除の対象である違法収集証拠については、もはや、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠に限るのではなく、むしろ広く、違法な手続と密接な関連のある証拠を違法収集証拠として捉えていることが窺われる。そして、このような違法収集証拠に該当することによって初めて、最高裁昭和53年9月7日判決が示した排除基準、すなわち、「違法の重大性」および「排除の相当性」を適用し、排除の肯否が判断されることとなるのである。

(2021年1月脱稿)