

違法収集証拠排除法則の適用の在り方

柳川 重規

- 1 はじめに
- 2 合衆国の排除法則の特徴と適用の在り方
- 3 我が国の違法収集証拠排除法則の特徴と適用の在り方
- 4 結びに代えて

1 はじめに

違法に収集された証拠の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則について、我が国の最高裁判所は、昭和53年9月7日判決¹⁾において、捜査等の手続に「令状主義の精神を没却するような重大な違法」があり、証拠として許容することが「将来における違法捜査抑制の見地からして相当でない」と認められる場合に、証拠能力が否定されるとして、この原則の採用を一般的に宣言した。それから現在まで40年以上が経過しているが、この「令状主義の精神を没却する重大な違法」とはどのようなことをいうのか、また、そもそも、このような「重大な違法」が証拠排除の要件となる根拠は何かということ、必ずしも明らかになっているとはいえない。

また、我が国の最高裁判所は、証拠が違法な活動によって直接獲得されたものではない場合、すなわち、違法活動と獲得された証拠との間の因果関係が間接的な場合にも、証拠排除の是非を検討してきているが、その際、

1) 最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁。

証拠を直接獲得した捜査活動が、それ自体として見れば違法ではなくても、先行する捜査活動の違法を承継して違法となり、その違法の程度が「令状主義の精神を没却する重大な違法」に至っているか否かを問うアプローチをとった判例がある一方、先行する捜査活動に「令状主義の精神を没却する重大な違法」があるか否かを検討し、そうした違法が認定された場合に、その捜査活動と獲得された証拠との密接な関連の有無を問い、関連が密接であれば証拠を排除するというアプローチをとった判例がある。しかし、なぜこのような異なるアプローチをとるのか、両者の関係はどのように捉えるべきかということは明確にされていない。

違法収集証拠排除法則は、これが適用されることにより真犯人を無罪として釈放する効果をもたらすことがあり得る劇薬である。他方で、この原則の適用が問題となる事例では、捜査段階で被疑者の権利が侵害されている場合があり、排除法則を適用せずに証拠を許容するということは、被疑者の権利を侵害して得られた成果を利用して有罪とすることを意味する。具体的事案においてこの原則を適用するにしろしないにしろ、その判断のもたらす結果は重大であり、このような点に鑑みると、なぜ証拠が排除されるのか、あるいはされないのかという理由付けを、裁判所は説得的に示すことが求められているといえる。

我が国の最高裁判所が違法収集証拠排除法則を採用した背景には、アメリカ合衆国で判例として確立していた排除法則 (the exclusionary rule)²⁾の影響もあったと推測される。この合衆国の排除法則は、1914年のWeeks事件³⁾において連邦の法原則として確立し、以来、合衆国最高裁判所は、排除法則の根拠、適用範囲等について数多くの判断を積み重ねているが、合

-
- 2) 後述するように、両原則は重要な部分で異なり同じ原則とはいえないと考えるので、我が国の判例が採用する証拠排除原則を「違法収集証拠排除法則」と呼び、合衆国のそれを「排除法則」と呼ぶことにする。
- 3) Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914). Weeks事件については、小早川義則『毒樹の果実論』(成文堂、2010年)98頁参照。

衆国の排除法則と比較することにより、我が国の違法収集証拠排除法則の特徴も浮かび上がってくるように思われる。筆者はすでに別稿で、合衆国の排除法則やそれに付随する毒樹の果実法理、我が国の判例の違法収集証拠排除法則について検討を加えているが⁴⁾、それ以降に、両国における判例の展開や議論の深まりが見られるので、本稿で改めて両原則の比較検討を行うこととする。

2 合衆国の排除法則の特徴と適用の在り方

1 憲法原則としての排除法則

合衆国の判例法理として確立した排除法則は、憲法解釈から導き出されたものであり、憲法原則である。この点については、既に別稿で論じているところではあるが⁵⁾、以下に、簡単に説明する。

前述した1914年のWeeks事件、毒樹の果実法理を採用した1920年のSilverthorne事件⁶⁾、違憲の方法で獲得された証拠の弾劾目的利用も排除法則により禁じられるとした1925年のAgnello事件⁷⁾等の初期の判例では、捜索・押収を規律する合衆国憲法第4修正に違反する活動が行われた場合に、その憲法違反の活動により得られた証拠の排除を、第4修正が黙示的にはあるが直接求めていると判示したと解釈できる判示内容となっている。その後、排除法則の法的性格は、1949年のWolf事件⁸⁾以降、将来の違

4) 拙稿「毒樹果実法理の適用と裁判所の証拠排除権限」法学新報101巻3・4号211頁、拙稿「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123巻11・12号699頁。

5) 拙稿・法学新報123巻11・12号699頁、拙稿「被告人の弁護権侵害と排除法則の適用」刑法雑誌50巻2号182頁。

6) Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920) 392. Silverthorne事件については、小早川・前掲注3) 310頁参照。108頁以下参照。

7) Agnello v. United States, 269 U.S. 20 (1925). Agnello事件については、小早川・前掲注3) 210頁等参照。

法活動に対する抑止効を根拠とした権利の救済策 (remedy) として捉えられるようになり、さらに、州への排除法則の適用が認められたMapp事件⁹⁾後の判例では、排除法則は「裁判所が創設した救済策 (judicial created remedy)」であるといわれた。しかし、合衆国最高裁判所はMapp事件以降現在に至るまで、一貫して第14修正を通じて排除法則を州に適用し続けており、これは、合衆国最高裁判所が排除法則を依然として第4修正の内容の一部をなしていると解釈し、排除法則が憲法原則であるとの立場を維持し続けていることを意味する。

それでは、排除法則が憲法の直接の要請ではなく、裁判所が創設した救済策であるにもかかわらず憲法上の地位を有するとはどのようなことかという、憲法上の権利は実際に効力をもつものでなければならぬため、権利侵害に対する効果的な救済策を伴うことが必要となる。排除法則は効果的な救済策を求める第4修正の要請を受けて合衆国最高裁判所が創設したものであるとみることができるから、憲法原則であり憲法上の地位が認められる。さらに、合衆国最高裁判所は排除法則を唯一効果的な救済策であるとしており、排除法則以外の救済策では第4修正の要求を充たさないとの立場に立っている。この点で、救済策の創設後も他の同等に効果的な方策の開発を立法府や行政府に促しているミランダ・ルールと異なる。仮に排除法則と同等の抑止効果を持ち、しかも、低コストの救済策を立法府が開発し、それを法律により制度化したとしても、排除法則を否定することは、Mapp事件の判断を変更しない限り違憲となる¹⁰⁾。これに対しミラ

8) Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949). Wolf事件については、小早川・前掲注3) 108頁等参照。

9) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961). Mapp事件については、小早川・前掲注3) 123頁等参照。

10) もっとも、Mapp事件で排除法則が唯一の効果的な救済策であるとされたのは、同等の抑止効果を持つ救済策が当時他に存在しなかったためであるから、仮に立法府や行政府がそうした救済策を実際に開発すれば、判例変更を認める余地

違法収集証拠排除法則の適用の在り方（柳川）

ンダ・ルールの場合、立法府・行政府が仮に新たな救済策を開発し、それを合衆国最高裁判所がミランダ・ルールと同程度に効果的なものと認定すれば、Miranda事件の判断を変更することなく、その新しい救済策をミランダ・ルールに代替することができる。

ところで、排除法則が憲法原則であるということは、1つには、今述べたように、たとえ立法府が法律を制定して排除法則を否定しようとしても、判例変更がされない限り当該法律は無効となることを意味する¹¹⁾。もう1つは、排除法則は憲法上の権利の救済策として認められているものなので、憲法違反が生じている場合でなければ働かない、ということの意味する。憲法違反が生じておらず単なる法律違反にとどまる場合であっても証拠排除を命じる憲法原則というのは想定し難い。したがって、排除法則を適用する場合には、憲法上の権利の侵害が認定されることが前提となり¹²⁾、単なる法律違反の場合には排除法則は適用されないことになる。

はあるといえる。また、Mapp事件において、当時、救済策として不十分だとされた警察官の教育制度や違法行為に対する懲戒・規律制度、損害賠償制度に改善・向上が見られ、そうした改善された救済策であれば、第4修正の要求を充たしているとの判断を合衆国最高裁判所がする可能性がないわけではない。後述するHudson事件（Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)）では、証拠排除を否定する理由の1つに、損害賠償制度の改善や警察官の教育制度の向上を挙げており（Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586, 597-600 (2006)）、このような判示は判例変更を行うための布石であると理解できないわけではない。とはいえ、連邦の法原則として確立してから100年以上、州に適用されてからも60年以上維持されてきた法原則を、合衆国最高裁判所が捨て去ることは、実際にはないのではないかと思われる。Hudson事件については、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向Ⅶ』（中央大学出版部、2020年）557頁（柳川重規担当）参照。

- 11) これがDickerson事件（Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000)）において、ミランダ・ルールを否定し自白の許容性判断の基準を事情の総合説に戻すこととした合衆国法典タイトル18の3501条が、違憲・無効とされた理由である。
- 12) ちなみにミランダ・ルールは、憲法上の権利侵害を直接認定せずに自白の排除を命じるが、これは権利侵害を推定することによる（予防法理）。推定に基づ

2 証拠排除の基準

憲法原則である排除法則の適用基準は、基本的には、憲法違反の活動（基本権侵害活動）が行われたことであるが、「善意の例外」というこれに修正を加える例外法理が認められている。「善意の例外」は、たんに警察官が自身の行為が違憲であることを知らなかったという場合ではなく、違憲であると知らなかったことが客観的に見て合理的である場合に排除法則を適用しないというものである。客観的に見て合理的かどうかは、通常の訓練を受けた警察官であれば違法だと知っていたといえるか否かで判断される。

前述したように、排除法則は第4修正が保障しているプライバシーの権利を保護するために裁判所が創設した救済策であると理解されるようになったが、さらに、このような救済策を用いることができるのは、決定的な証拠を排除して真犯人を釈放するというそれによってもたらされるコストと、将来の違法捜査を抑止するというベネフィットを衡量し、ベネフィットがコストを上回る場合でなければならないとの考え方がとられるようになった。そして、このコスト・ベネフィット分析に基づいて、Leon事件¹³⁾において、捜索令状に依拠して行われた捜索が後に捜索の実体要件 (probable cause) を欠いて違憲と判断された事案について、「善意の例外」が初めて適用された。さらに、Leon事件のコンパニオン・ケースであるSheppard事件¹⁴⁾で、令状発付官が捜索令状の誤記を訂正し忘れたために

いて自白を排除するのは、権利侵害が認定された場合に限って救済策を用いたのでは権利の保護として不十分だからである。このような救済策も憲法上の権利を保護するための救済策として憲法は容認しているものと思われる。

13) United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984). Leon事件については、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅳ』（中央大学出版部、2012年）637頁（安井哲章担当）、井上正仁「排除法則と『善意の例外』」（団藤重光博士古稀祝賀論文集第4巻（有斐閣、1985年））359頁、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第3巻』（成文堂、1989年）68頁（鈴木義男担当）参照。

14) Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981 (1984). Sheppard事件については、

無効となった令状に基づいて捜索が行われた事案についても、「善意の例外」の適用を認めた。

その後、合衆国最高裁判所は、「善意の例外」を一般的に展開したわけではなく、個々の事例ごとに慎重に適用の可否を判断してきている。捜索の権限を認める法律が、法執行官に無限定の裁量を与えるものであるとの理由で後に違憲・無効とされた事例（Krull事件）¹⁵⁾、裁判所のデータ・ベース上の過誤が原因で警察官が有効な令状が発付されていると誤信して逮捕を行った事例（Evans事件）¹⁶⁾、他のカウンティの警察署のデータベースの過誤により有効な逮捕状が発付されていると誤信して警察官が逮捕を行った事例（Herring事件）¹⁷⁾、Court of Appealsの判例に依拠して行われた逮捕に伴う捜索が、後の合衆国最高裁判所の判例が遡及適用されることにより違憲とされた事例（Davis事件）¹⁸⁾において「善意の例外」の適用を認めた。このように判例を発展させる過程で、合衆国最高裁判所は、Herring事件において、憲法違反の捜査が反復的・組織的に行われている場合を除き、法執行機関の行為の有責性・非難度（culpability）が高い場合、すなわち、

渥美・前掲注 13) 645頁（安井哲章担当）等参照。

- 15) Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987). Krull事件については、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向VI』（中央大学出版部、2018年）529頁（柳川重規担当）、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第4巻』（成文堂、1994年）61頁（関哲夫担当）参照。
- 16) Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995). Evans事件については、椎橋・前掲注 15) 542頁（柳川重規担当）参照
- 17) Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009). Herring事件については、椎橋・前掲注 10) 570頁（柳川重規担当）、洲見光男「排除法則の動向—最近の連邦最高裁判決から—」（大谷實先生喜寿祝賀論文集）（成文堂、2011年）228頁以下、榎本雅記・アメリカ法2009年2号424頁、小早川義則「アメリカ刑事判例研究（12）Herring v. United States, 555 U.S. 129 S.Ct. 695 (2009)」名城ロースクール・レビュー 19号49頁等参照。
- 18) Davis v. United States, 564 U.S. 224 (2011). Davis事件については、椎橋・前掲注 10) 583頁（柳川重規担当）参照。

違憲の活動が、故意 (deliberate) に、または、無謀といえるほど注意が欠如した状態 (reckless) で、もしくは、重大な過失 (grossly negligence) に基づいて行われた場合に限り排除法則は適用されるとの考え方を示した。この考え方は、有責性・非難度の高い行為に対するほど排除法則の抑止効は働き、故意、無謀、重過失の場合には、真犯人の釈放というコストを凌駕するが、単なる過失の場合にはこのコストを凌駕しないとの認識を前提としている。

この排除法則の適用を大きく限定する基準は、Herring事件の後Davis事件でも確認されている。Davis事件は、捜査官が逮捕・捜索を行った時点でのCourt of Appealsの判例に従った事例であり、捜査官に過失もなかった事案であるが、法廷意見はHerring事件の基準に従って判断している。その後のStrieff事件ではこの基準は用いられていないが、それは稀釈法理の適用の是非が争点となり、排除法則の適用基準が争点とならなかったためともいえる。憲法違反の捜査が反復的・組織的に行われている場合を除いて、違憲の活動が、故意 (deliberate) に、または、無謀といえるほど注意が欠如した状態 (reckless) で、もしくは、重大な過失 (grossly negligence) に基づいて行われた場合に限り排除法則は適用されるとのHerring事件が示した基準は、今後、一般的に適用されていくことになるのではないと思われる。

3 違憲の活動と排除される証拠の関係

(1) 毒樹の果実法理の適用の在り方

将来の憲法違反の活動を抑止するには、違憲の捜索・押収によって直接獲得された証拠を排除するだけでは足りず、この証拠を手掛かりに発見された証拠 (派生証拠) まで排除しなければならないという理由から、合衆国最高裁判所は派生証拠まで原則として排除している。さらには、憲法違反が捜索・押収という証拠を直接獲得する活動についてではなく、逮捕や住居等への立入り (侵入) 等について認められ、これらの活動に由来して

証拠が発見された場合においても、排除法則は適用されている。例えば、違憲の逮捕下での取調べで得られた供述も違憲の逮捕の果実（成果）として排除され¹⁹⁾、また、倉庫に無令状で立ち入って証拠を現認した後、証拠を差し押さえずに一旦倉庫の外に出て、令状の発付を待って令状による捜索・差押えによって証拠を獲得した場合であっても、令状を入手するとその捜査機関の判断と令状請求の根拠とされた情報が、違憲の倉庫への立入りとは無関係で独立したものとはいえなければ、この証拠は違憲の立入りの果実として排除される²⁰⁾。

ところで、前者の第1次証拠を手掛かりに発見された証拠の排除については、毒樹の果実法理のリーディング・ケースとされているSilverthorne事件において、「ある一定の方法による証拠の獲得を禁ずる規定の核心的な意味（essence）は、たんにそのように獲得された証拠が裁判所において利用されてはならないということにとどまらず、そのような証拠は一切利用されてはならないというものである。」²¹⁾とされ、憲法に違反して獲

19) See, Wong Sun, 371 U.S. 471 (1963); Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975); Taylor v. Alabama, 457 U.S. 687 (1982). Wong Sun事件については、小早川・前掲注3) 322頁参照。Brown事件については、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第1巻』（成文堂、1982年）141頁（原田保担当）、永山忠彦・アメリカ法1977-II 282頁、小早川・前掲注3) 345頁参照。Taylor事件については、渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV』（中央大学出版部、2012年）17頁（香川喜八朗担当）、小早川・前掲注3) 364頁参照。

20) See, Murrey v. United States, 487 U.S. 533 (1988). また、Segura事件では、被疑者の住居の捜索令状発付申請後、令状発付前に捜査官が被疑者の住居内の現状凍結を図り、令状発付後に令状捜索により住居内で証拠を発見・獲得した事案で、この証拠を令状による捜索という独立入手源により獲得されたものであるとして証拠の排除を否定した。Murrey事件については、椎橋・前掲注15) 555頁（柳川重規担当）、指宿信・アメリカ法1989-II 401頁、小早川・前掲注3) 397頁参照。Seguraについては、渥美・前掲注19) 715頁（中野目善則担当）、鈴木・前掲注15) 62頁（原田保担当）、小早川・前掲注3) 381頁参照。

21) Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385, 392 (1920).

得された証拠を他の証拠を獲得する根拠に用いることもできない旨判示されているためか²²⁾、我が国では、この前者の場合が毒樹の果実法理の本来の適用場面であるといわれることがある。しかし、既に論じられているように²³⁾、前者の場合が毒樹の果実法理適用の場面で、後者がそうではなく、両者が排除法則の適用上異なっただけの取り扱いを合衆国で受けているかという点、そのようなことはなく、どちらの場合にも憲法違反の活動と排除の是非が問われている証拠との関係を問題にし、証拠排除をすべきか否かが検討されている。憲法違反の活動を毒樹とみて、個々の証拠がその果実(成果)に当たるかを判断しているのである。前者の場合でも派生証拠の排除については、第1次証拠との関係を問題にしてその是非を判断しているのではなく、あくまで毒樹たる憲法違反の活動との関係を問題にしている。将来の憲法違反の活動を抑止するために派生証拠をどこまで排除すべきか否かを検討する以上、憲法違反の活動と証拠との関係を問題にするのは当然のことであると思われる²⁴⁾。

22) Silverthorne事件は、違憲の捜索により獲得した証拠を捜査機関が一旦被疑者に還付した後、その証拠の写真を裁判所に提出命令の発出を求める際の疎明資料に用いようとした事案である。

23) 拙稿「毒樹果実法理の適用と裁判所の証拠排除権限」法学新報101巻3・4号220-222頁、243-244頁、拙稿「判批」法学新報103号206-207頁、拙稿・前掲注4)713-715頁、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記念論文集 下巻』(有斐閣、1998年)516-517頁、高田昭正「先行手続の違法と証拠排除—「毒樹の果実」論と「違法の承継」論」立教法学2012年5・6号398頁。

24) この点、後述するように、我が国の最判平15・2・14は、違法逮捕とその後に獲得された証拠(違法な逮捕とされに引き続いて採取された尿及びその尿鑑定書)との関係を問題にする一方で、第1次証拠と派生証拠(尿鑑定書とそれも疎明資料の一部として発付された捜索令状に基づく捜索により発見された覚せい剤)の関係も問題にしている。

(2) 例外法理の適用

排除法則は裁判所が創設した救済策である以上、将来の違憲の捜査を抑止する利益と事実解明の利益を衡量しなければならず、そして、この衡量は憲法違反の活動が行われる前よりも警察を有利にも不利にも置かないことにより適切に行われる旨、第2次Williams事件²⁵⁾で判示された。このような考え方からすると、違憲の活動がなかったならば得られなかったはずの証拠、すなわち違憲の活動と条件関係が認められる証拠は原則として排除されることになる。

とはいえ、証拠の発見が違憲の活動によるなどして、証拠と違憲の活動との間に条件関係があるように見えても、最終的には証拠が違憲の活動とは独立した活動により獲得されたという場合には、違憲の活動と証拠との間の条件関係が切れることになる。この場合に排除法則の適用を否定するのが独立入手源法理である。さらに、実際には違憲の活動に基づいて証拠は獲得されたが、適法な捜査活動も並行して行われており違憲の活動がなくともいずれにせよ発見されていたはずだという場合に、独立入手減法理との機能的な類似性を認めて排除法則の適用を否定するのが、いわゆる不可避的発見の法理である。さらにまた、違憲の活動と証拠との間の条件関係は断ち切られていないが、間に介在する事情が存在するなどして、両者の関係が稀薄になっていて、違憲の活動（毒樹）の毒性が稀釈されて消失しているといえるほどになっている場合に排除法則の適用を否定するのが稀釈法理である。稀釈の有無は、違憲の活動と証拠獲得の間の時間的近接性、両者の間の介在事情の存在、違憲の活動の目的・悪質さ等を考慮して判断される²⁶⁾。また、当該証拠を排除することが憲法の保障する利益の

25) Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984). 第2次Williams事件については、渥美・前掲注19) 729頁（柳川重規担当）、鈴木・前掲注13) 56頁（関哲夫担当）、小早川・前掲注3) 368頁参照。

26) Brown v. Illinois, 422 U.S. 590, 603-604 (1975); Utah v. Strieff, 136 S.Ct. 2056 (2016). Brown事件については、鈴木・前掲注19) 141頁（原田保担当）、永山

保護に役だつか否かで稀釈の有無を判断するのとの考え方を示す判例もある²⁷⁾。

(3) 違憲の活動と証拠との因果関係の捉え方

このように、合衆国では排除法則を適用するに当たり、基本的にはまず憲法違反の有無を判断し、憲法違反が認定されれば、次に、それと証拠との間に条件関係があるか否かを判断し、条件関係が認定されれば、さらに、稀釈法理や不可避的発見の法理の適用があるか否かを検討して証拠排除の是非を判断するというように、排除法則の適用の仕方は比較的明確なよう

忠彦・アメリカ法1977-II 282頁、Strieff事件については、米国刑事法研究会（代表・椎橋隆幸）・アメリカ刑事法の調査研究（150）（川澄真樹担当）比較法雑誌50巻4号156頁、洲見光男・アメリカ法2017-2号328頁、緑大輔「海外判例紹介・Utah v. Strieff, 136 S.Ct. 2056 (2016)」判時2322号33頁参照。

27) Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006) では、後述するように、ノック・アンド・アナウンス法理に違反する住居の立入りに引き続いて行われた捜索により獲得された証拠の排除が問題となったが、法廷意見は、ノック・アンド・アナウンス法理違反と獲得された証拠との間に条件関係が認められないとし、さらに、仮に条件関係が認められるとしても、証拠を排除してもノック・アンド・アナウンス法理の目的に奉仕しないので、この法理違反の毒性は稀釈されているとして、証拠を排除しなかった。

また、Harris v. New York, 495 U.S. 14 (1990) では、屋外で公然と逮捕する場合には「相当理由」に基づく無令状逮捕が許されるとしても、被疑者の住居に立ち入って逮捕する場合には逮捕令状が必要であるとの法理（Payton法理）に違反して、警察官が無令状で被疑者の住居に立ち入って被疑者を逮捕し、警察署に連行して取調べを行って自白を得た場合について、被疑者を住居から引き離してしまえば、その後の身柄拘束は適法であり、この自白は適法な身柄拘束の産物であって、被疑者をその自宅で逮捕したことの成果ではないとして自白を排除しなかった。この判断は、Payton法理違反の立入りと証拠との間に条件関係がないとしたもののようにも読めるが、後に、住居の十全性の保護というPayton法理が目的とする利益の保護に証拠排除が役立たないため、稀釈法理が適用されたのだとHudson事件で説明された。Harris事件については、椎橋・前掲注15) 566頁（柳川重規担当）。

に思われる。とはいえ、違憲の活動と獲得された証拠との関係をどのように捉えるべきかが問題となった事例もある。

その1つが、Ramirez事件²⁸⁾である。Ramirez事件では、警察官が逃亡犯を令状に基づいて捜索し身柄を拘束するために被告人宅に立ち入った際に、ガレージの窓を破壊して立ち入ったことを理由に、立入り後の捜索によって獲得された証拠（違法に所持されていた銃器）が排除されるか否かが争われた。全員一致の法廷意見は、個人の財産に対する捜索の際の過剰なあるいは不必要な損壊行為が第4修正に違反する不合理なものとなる場合があることは認めつつも、この事件では、逃亡犯がガレージの中に隠れている可能性があり、また、銃器も隠されている可能性があったことから、窓を破壊した行為は合理的なものであり第4修正に違反しないと判示した。なお、その際に、「立入りそれ自体が合法であり、捜索の成果が排除されない場合であっても、捜索の過程での過剰なあるいは不必要な財物の損壊が第4修正違反となることはあり得る。」と述べており、これは、立入りが実体要件と令状要件を充たす合法的なものであれば、過剰なあるいは不必要な財物の損壊という第4修正違反の行為が付随していても、捜索により獲得された証拠は排除されないとの前提に立ったものと理解することができる。もっとも、そのような前提に立つ理由はこの事例では示されておらず、また、この事例では財産の損壊行為も第4修正に違反しないとされているのであるから、この判示部分の判例としての意義は大きいものとはいえないのではないかと思われる。

違憲の活動と獲得された証拠との関係が問題となった事例として、次に、Hudson事件²⁹⁾がある。合衆国最高裁判所は、官憲が住居に立ち入って捜索を行う際に、立入りに先立って自己の身分・権限を告知することが第4

28) United States v. Ramirez, 523 U.S. 65 (1998). Ramirez事件については、椎橋・前掲注15) 408頁（檀上弘文担当）参照。

29) Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006).

修正上の要件となるとし（ノック・アンド・アナウンス法理³⁰⁾、さらに、ノック・アンド・アナウンス（来意告知）をした後、一定の時間的な間隔をあけてから、住居に立ち入ることが必要であるとしている³¹⁾。Hudson事件では、警察官が被告人宅で搜索令状に基づいて薬物と火器の搜索を行ったが、被告人宅に立ち入る際に来意告知をしたものの、告知をしてから立入りを開始するまでに3秒ないし5秒の間隔しかおかなかった。そのため、この立入りはノック・アンド・アナウンス法理に違反するとされ、被告人宅内の搜索により発見され押収された薬物と銃器が、同法理違反を理由に排除されるか否かが争われた。法廷意見は、搜索令状が発付されている以上ノック・アンド・アナウンス法理違反がなくとも搜索を行うことができたのだから、同法理違反と獲得された証拠との間には条件関係がなく、仮に条件関係があるとしても、証拠の排除が、突然の立入りに驚いた居住者の防衛行為により人の生命・身体が危険にさらされることや、力づくの立入りにより住居が損壊されること、突然の立入りにより居住者のプライバシーと尊厳が侵害されることを回避することという同法理の目的に奉仕しないため、稀釈法理が適用され証拠は排除されないとした。反対意見は、来意告知を搜索と一体をなすものと解し、ノック・アンド・アナウンス法理違反を含む搜索と証拠との関係を問題にすべきであるとして、この事件でも条件関係は認められると主張した。この事件では、ケネディ裁判官が一部補足・結論賛成意見を述べ、ケネディ裁判官が加わっている部分のみが法廷意見を形成しているが、ケネディ裁判官は稀釈法理が適用される点を重視しているようであり、そうすると、この事件ではノック・アン

30) Wilson v. Arkansas, 514 U.S. 927 (1995). Wilson事件については、椎橋・前掲注15) 396頁（松田龍彦担当）参照。

31) United States v. Banks, 540 U.S. 31 (2003) では、当該事案の具体的事情の下では、15秒から20秒後の立入りは合憲であると判示されている。Banks事件については、椎橋・前掲注10) 438頁（松田龍彦担当）、洲見光男・アメリカ法2005-1号131頁参照

ド・アナウンス法理違反と証拠との間に条件関係は認められるが、稀釈法理が適用され証拠が排除されなかったと理解するのが妥当であると思われる³²⁾。

このHudson事件の判断については、まず、獲得された証拠との条件関係を問題にすべき違憲の活動は何かという点について検討する必要がある。そして、これについては、理論的にはロック・アンド・アナウンス法理違反そのもの、同法理違反を伴った立入り、同法理違反を伴った搜索の3つが可能性として考えられる。この点、第4修正は住居に立ち入るに際して来意告知を要件とし、来意告知を伴って立ち入ることを捜査機関に命じているのであるから、ロック・アンド・アナウンス法理違反の点のみを切り離すのではなく、同法理違反を伴った立入りを問題にすべきであると思われる。さらに、干渉を受ける対象者の権利の点から考えると、立入りによって干渉を受けるのは「場所」のプライバシーであるが、搜索の場合は「場所」のプライバシーの他、当該場所の中に所在する「物」のプライバシーも干渉を受ける。Hudson事件では搜索令状が発付されていて、搜索それ自体は適法に行われたのであるから、問題とすべきは立入りであり、したがって、反対意見のようにロック・アンド・アナウンス法理違反を搜索に含ませるのではなく、搜索から切り離された立入りに含ませるのが妥当である。次に、ロック・アンド・アナウンス法理違反を伴う立入りと獲得された証拠との条件関係について検討すると、Hudson事件の（ケネディ裁判官を除いた）複数意見は、同法理違反がなくても、警察は搜索令状を執行することにより証拠を発見したであろうから、条件関係がないという。しかし、条件関係の有無を検討するに当たっては、違憲の活動がなくとも証拠は獲得されたはずだという「仮定的」な判断を持ち込むのではなく、違憲の活動を除いても証拠は現実に獲得されているといえるか

32) なお、2016年のStrieff事件も、Hudson事件を稀釈法理を適用した判例として引用している。See, *Utah v. Strieff*, 136 S.Ct. 2056, 2061 (2016).

という「現実」の因果の流れに即した判断を行わなければならないと考える。そうしないと、不可避的発見の法理を適用して処理されてきた事案でも条件関係がないということになり、条件関係を認めた上で不可避的発見の法理を適用している先例に反することになる³³⁾。Hudson事件では、警察は実際には住居に立ち入ったから住居内の捜索を行うことができたのであるから、ノック・アンド・アナウンス法理違反を伴う立入りがなければ証拠を獲得することはできなかつたのである。したがって、この事件では同法理違反を伴う立入りと獲得された証拠との間に条件関係が認められ、よってまた、法廷意見が稀釈法理適用の問題として処理したのは妥当であったと考える。さらに、捜索令状に基づいて立入りと捜索が行われたとの事情は、この一事をもって条件関係が否定されるとするのではなく、稀釈の有無を判断する際の一事情として考慮するのが妥当であろう。

3 我が国の違法収集証拠排除法則の特徴と適用の在り方

1 法律上の原則としての我が国の違法収集証拠排除法則

我が国の最高裁は、昭和53年9月7日判決で「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」として、違法収集証拠排除法則は憲法原則ではないとし、その上で、刑訴法上の原則としてこれを承認した。しかし、昭和53年9月7日判決で違法と認定された行為は、被疑者の上着の内ポケットからプラスチック・ケースを取り出した行為であるが、これを「捜索に類する行為」であ

33) 不可避的発見の法理は、証拠を実際に獲得した違憲の活動に由来する捜査と、それとは独立した適法な捜査が並行して行われている場合に適用されるが、この場合も、違憲の活動がなくとも証拠は獲得されたはずであるから、Hudson事件の複数意見に従えば条件関係が認められないということになるように思われる。そうすると不可避的発見の法理の存在意義が失われることになる。

るとし、捜索に至っているとは認定していない。あくまで、任意処分たる所持品検査として違法であると判示している。筆者は別稿³⁴⁾でも論じているが、判例は任意処分の違法を憲法違反とは見ていないのではないかと思われるので、憲法違反が生じていない事案で違法収集証拠排除法則は憲法原則ではないと述べたことになる。したがって、この昭和53年9月7日判決は、違法が法律違反にとどまる場合には、証拠を排除するか否かは刑訴法上の問題であり憲法問題ではない、違法が法律違反にとどまる場合に証拠排除を求める憲法原則は存在しないと判断したものと解釈することができる。そして、憲法違反が生じた場合も含めて証拠の排除を求める憲法原則は存在しないと判断したとすれば、その部分の判断は傍論であるということになる。したがって、現在、判例が採用している違法収集証拠排除法則とは別に、憲法違反が生じた場合に適用される憲法原則としての排除法則を採用する余地は、昭和53年9月7日判決を前提にしても残されていると解する³⁵⁾。

2 証拠排除の基準

昭和53年9月7日判決は、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）と将来における違法な捜査の抑制の見地からの排除相当性（排除相当性）の2つを証拠排除の要件に挙げた。違法の重大性判断については、法規からの逸脱の程度、令状主義の諸規定を潜脱する意図、強制力

34) 拙稿・前掲注4) 法学新報123巻11・12号708頁、拙稿・前掲注4) 刑法雑誌50巻2号184-185頁。

35) もっとも、その後も最高裁は、最決平21・9・28刑集63巻7号868頁で、宅配便の荷物についてのX線検査が検証に当たるとし、これが検証許可状を欠いて行われた点で違法と判断したが、無令状検証であるから違法という判断であり、これは憲法上は無令状捜索・押収であり、憲法35条違反ということになる。しかし、証拠の許容性に関しては、従来の判例と異なる判断枠組みで別途検討した形跡はなく、従来の判例の延長線上で検討し、証拠能力を認めているように見受けられる。

行使の有無を判断要素として挙げたが、どのような場合に違法の重大性が認められるのかということについては、現在に至るまで必ずしも明らかになっているとはいえない。また、両要件の関係についても、重疊的に捉えるのか、併用するのか明らかになっているとはいえない。

違法の重大性を最高裁が正面から認めた判例は、平成15年2月14日判決³⁶⁾であるが、この事例では、逮捕時における逮捕状の不呈示、逮捕状の緊急執行の不履行という手続的な違法に加え、その手続的な違法を糊塗するための逮捕状への虚偽事項の記入、内容虚偽の捜査報告書の作成、公判廷における事実と反する証言が行われた。最高裁は、「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」として違法の重大性を認め、さらに「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」として証拠排除の判断を示した。このように、平成15年2月14日判決は、逮捕後の手続の違法も含めて違法の重大性を判断したのであるが、逮捕後の手続がなぜ「逮捕」の違法を重大なものにするのかということは明確にはされていない³⁷⁾。

この点については、逮捕の違法を糊塗する逮捕後の手続は、違法逮捕が意図的なものであることを推認させ、違法が重大だと判断されたとする見解がある。しかし、これに対しては、過失により違法逮捕を行いそれを糊塗するために「逮捕状への虚偽事項の記入、内容虚偽の捜査報告書の作成、

36) 最判平15・2・14刑集57巻2号121頁。

37) この他、最(大)判平29・3・13 15刑集71巻3号頁も、証拠の排除を認めた1審の判断を破棄した原審を判断を破棄しており、証拠排除を容認しているといえるものである。1審は、GPS捜査が強制捜査に当たるか否かを捜査機関が検討すらしないで任意処分であるとの前提でこれを実施したことを理由に、違法の重大性を認めているが、最高裁がこの理由付けを是認したか否かは必ずしも明らかではない。

違法収集証拠排除法則の適用の在り方（柳川）

公判廷における事実と反する証言」を行うことはあり得るので、これをもって違法逮捕が意図的に行われたとは必ずしもいえない、とする批判がある³⁸⁾。また、手続的な軽微な違法であってもそれが意図的に行われたというだけで、令状主義の精神を没却するほど重大なものとなるのかとの疑問も生じる。

したがって、「逮捕状への虚偽事項の記入、内容虚偽の捜査報告書の作成、公判廷における事実と反する証言」をしたことそれ自体を重視すべきであると思われるが、そのように解した場合でも、さらにいくつかの解釈が可能である。

一つは、違法捜査を隠ぺいする行為がなされることにより、将来的に違法行為が繰り返される虞があることから、違法の重大性を認めたのではないかとする見解が考えられる。とはいえ、この考慮は、実は違法の重大性ではなく、排除相当性に関わるものであり、併用説をとる立場にこの見解は親和性があることになる³⁹⁾。さらに、この見解については、裁判所は捜査機関の監督機関ではないがそれにもかかわらず、軽微な違法であっても、それが繰り返される虞があれば証拠を排除すべきなのか、排除すべきとしてその根拠は何かということが問われるように思われる。

次に、隠ぺい行為が行われたことの影響として、警察は違法行為を行えば嘘をつき通してこれを隠ぺいするとの印象を国民に与え、その成果たる証拠を裁判で利用すれば、裁判所もそうした捜査機関の違法に加担しているという印象を国民に与えることになるので、司法の十全性（廉潔性）維持の観点から、違法の重大性を認めたとの見解が考え得る⁴⁰⁾。さらに、これに類似の説明として、違法の隠ぺいが行われると、裁判所が捜査の適法・

38) 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45頁。

39) 高木俊夫「最三平成15年2月14日判決を読んで」研修680号3頁、緑・前掲注38) 48-49頁。

40) 拙稿・前掲注4)「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123巻11・12号699頁。

違法を正確に判断できなくなるので、捜査の適法・違法についての裁判所における認定手続の適正さ維持の点から、違法は重大であると認定し、裁判手続に関する監督権を行使して証拠を排除したとの説明も可能かと思われる。

さらに、別の見解として、逮捕を適正なものとするための法律の規律がことごとく無視された点に違法の重大性を認める見解がある⁴¹⁾。すなわち、逮捕については、要件の根幹をなすものとして実体要件（相当理由と必要性）と、この実体要件に基づく逮捕が行われることを確保するために憲法が要求する手続要件としての令状要件があるが、さらに、逮捕が適法に行われていることを被処分者に示すために、令状の呈示（刑訴法201条1項）・緊急執行（同条2項）が要件として課され、逮捕が適法に行われたか否かを後に確認するための資料を提供するための逮捕状況の逮捕状への記載や捜査報告書（逮捕手続書：犯罪捜査規範136条）の作成が義務付けられている。さらに、逮捕が適法に行われたか否かを裁判所が直接確認するため公判で捜査官により証言が行われることもある。逮捕を適正なものにするには、適切な要件を逮捕に課すだけでなく、要件違反の違法な逮捕が行われた場合には、それが後に正しく認定されなければならない。逮捕状の呈示から公判での事実即した供述までがそうした正しい認定を支え、逮捕要件と一体となって、逮捕の適正化を図っている。この事件で警察官は、令状要件以降の手続的保護策をすべて無視し、これらによる保護が働かないようにし、さらには虚偽供述までして裁判所の判断をゆがめ、そうした保護が及ばないようにしようとした。このような逮捕に関する諸規定がことごとく否定されたことが「令状主義の精神を没却するような重大な違法」に当た

41) 渥美東洋「排除法則を支える原理」現代刑事法5巻11号23頁、香川喜八朗「違法排除法則の新たな展開」亜細亜法学38巻2号1頁、同「判批」判時1855号219頁（判例評論545号41頁）、池田公博「判批」ジュリスト1338号212頁、丸橋昌太郎「令状主義システムと排除法則—最高裁平成15年2月14日第二小法廷判決」信州大学法学論集11号227-278頁。拙稿「判批」刑事法ジャーナル39号122頁。

り、それらの違法が将来繰り返されれば、これらの諸規定全体が存在意義を失うので、逮捕に関するこれらの規定自体が将来の違法捜査を抑制し自己の存在意義を保つために、証拠の排除を求めているとする見解である。

3 違法な先行手続の影響

(1) 違法の承継論と重大な違法が認定された手続と証拠の密接な関連の有無を問題にするアプローチ

違法な先行手続が、それ自体として見れば適法に獲得された証拠にどのような影響を与えるかについて、我が国の最高裁は、昭和61年4月25日決定⁴²⁾で、直接の証拠獲得手続がそれ自体として見れば適法である場合であっても、違法な先行手続と「同一目的」で行われ、先行手続がもたらす違法状態を「直接利用」して行われていれば、先行手続の違法を承継し違法となる旨の判断を示した⁴³⁾。

これに対して、平成15年2月14日決定は、被疑者が任意提出した尿及び尿鑑定書については、重大な違法が認定された逮捕と「密接に関連する」証拠であるという理由だけで証拠排除しており、これらの証拠について重大な違法により収集されたとは明示的には認定していない。そのため、違法の承継論を捨てたかのようにも思われる。しかし、この尿鑑定書も疎明資料の一部とされて発付された搜索差押許可状に基づく搜索により獲得された覚せい剤については、差押手続に重大な違法はないとの理由から排除

42) 最決昭61・4・25刑集40巻3号215頁。

43) この点、合衆国最高裁判所が採用している排除法則は、違法の承継を問題にしてはしない。排除法則は、憲法の規定が違憲の活動自体を否定し、当該違憲の活動がなかった状態にしようとするものであり、また、当該違憲の活動がなかったならば獲得できなかったはずの証拠まで原則として排除し、違憲の活動の抑止効果をもたらそうというものであるから、違憲の活動と条件関係が認められれば、稀釈法理などの例外法理の適用がない限り、証拠を原則的に排除する。ここでは証拠が違憲の活動と条件関係があるか否かが問題なのであり、違法に獲得されたといえるか否かは問題とはされない。

を否定している。結局、重大な違法が認定された逮捕と密接な関連性が認められれば、程度の点でも重大な違法を承継し、証拠排除され、関連性が認められてもそれが密接なものでなければ、違法の程度は減じられ、承継する違法も重大なものではなくなる、との考え方をとっているのではないかと思われる⁴⁴⁾。その後の、平成21年9月28日決定⁴⁵⁾も、違法なX線検査の結果が疎明資料の一部とされて発付された搜索差押許可状に基づく搜索により獲得された覚せい剤について、証拠収集過程に重大な違法があるとはいえないとの理由から排除していない。

なお、昭和61年4月25日決定がとった「同一目的」「直接利用」の関係にあれば違法の承継を認めるとの考え方は、違法の承継を認める一つの考え方に過ぎず、平成15年2月14日決定も平成21年9月28日決定も、この「同一目的」「直接利用」基準には拠らずに違法の承継を認めているのではないかとと思われる。

(2) 違法の承継を問題にする意義

それでは、なぜ違法の承継を問題にするのか、違法の承継を問題にする意義は何かというと、まず、形式的な根拠として、①違法収集証拠排除法則は、違法に収集された証拠を排除する原則であるから、証拠を排除するには当該証拠が違法に収集されたものであると認定されなければならないとの考え方をとっているからであるとの理由が考えられる。次に、②捜査の過程のどこかで違法があれば、その捜査中に獲得された証拠がすべて排除されることを求めるのは行き過ぎであり、排除される証拠に限定を加えるための基準として、違法に収集されたか否かを問題にしているとの理由が考えられる。さらに、③1つ1つの捜査活動には重大な違法が認められなくても、その違法が積み重なることにより最終的に違法の重大性が認められる場合もあり⁴⁶⁾、その結果として獲得された証拠を排除する根拠を提供

44) 大澤裕「違法収集証拠の証拠能力(3)」刑訴判例百選〔第8版〕141頁。

45) 最決平21・9・28刑集63巻7号868頁。

46) この点は、直接の証拠獲得方法が違法か否かを考える必要はないとの見解を

できるという理由も考えられる⁴⁷⁾。最後に、④獲得された証拠に違法の重大性が認められるか否かを問題にすることにより、重大な違法が認定された先行手続と関連性がある証拠であっても、介在事情等を考慮に入れて、違法ではあるがその程度は重大ではないとして、証拠排除を否定することもできる、という理由も考えられる。この理由付けは、平成15年2月14日決定で証拠排除の対象となった尿鑑定書を疎明資料の一部として発付された捜索許可状に基づく捜索により獲得された覚せい剤の排除を否定した理由付けである⁴⁸⁾。③と④の考え方をとることにより、事案の真相の究明と個人の基本的人権の保障とという2つの要請をより細やかに衡量することができる、と最高裁は考えているのではないかと思われる。

違法の承継論に対しては、「問題の本質が、違法な先行行為と因果関係のある証拠がどのような場合に否定されるのかという点にあることを不鮮

主張される川出教授も認めているところである。川出・前掲注22) 531-532頁, 535頁。なお、この点については、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』(有斐閣, 2019年)) 727頁, 拙稿・「不任意自白に由来する自白及び証拠物——毒樹の果実法理の展開——」現代刑事法22号59頁注29) 参照。

- 47) ちなみに、昭和61年4月25日決定の事案は、被疑者宅への立入り、警察署への連行、警察署への留め置きと捜査のすべての点に違法が認められ、違法が積み重なっている事案であるから、重大な違法を認定しても良かった事例ではないかと思われる。
- 48) アメリカの稀釈法理は、排除しても抑止効果が望めないほど関連性が稀薄な場合に適用され、毒樹（違憲の手続）の毒性（影響）を消散させるほどの稀釈を求めているようであるが、平成15年2月14日決定では、窃盗被疑事件について適法に発付されていた捜索令状も併せて執行されていたこと、覚せい剤被疑事件でも捜索許可状の発付を得ており司法審査を経るとの態度に捜査機関が出ていることといった事情を介在事情とみて、違法は承継されるが、承継された違法の程度は「令状主義の精神を没却するような重大な違法」から、それほどの重大性が認められないものに減じられているという考え方がとられており、稀釈法理に与えている意義が異なるようである。

明にしてしまう」との批判が出されている。実際、昭和61年4月25日決定では、先行手続の違法の重大性や先行手続と獲得された証拠との因果関係の強さについての明示的な判断はない⁴⁹⁾。これは、平成21年9月28日決定も同様である⁵⁰⁾。とはいえ、このような難点も、違法の承継を検討するに当たり、ある捜査活動に重大な違法があれば、まずはそれを認定し、その後、平成15年2月14日決定が行ったように、違法の重大性を減じる介在事情があるか否かを検討し、他方で、ある捜査活動に重大な違法を認定できなければ、それを明らかにした上で、一連の捜査活動の中に他にも違法があれば、それと合わせて評価して違法の重大性が認められるか否かの判断を行う、という方法をとることにより回避できるのではないかと思われる。

4 違法な手続と証拠の関係

(1) 違法収集証拠排除法則を適用するに当たって、違法な捜査手続と証拠との関係をどのように考えるべきかが争点となった最高裁判例に、最高裁平成8年10月29日決定⁵¹⁾がある。搜索差押許可状に基づき被疑者の自宅で覚せい剤を捜索中に、別件の被疑事実に関連する証拠である覚せい剤が発見され、被疑者が覚せい剤所持を否定するような発言をしたことから捜査官らが被疑者に暴行を加え、その後、警察官らが被疑者を捜索現場で現行犯逮捕するとともにこの覚せい剤を差し押さえた、という事案につ

49) この点に関しては、拙稿・前掲注4) 法学新報123巻11・12号714頁参照。

50) 同決定では、検証許可状に抛らない宅配便の荷物のX線検査を違法とし、搜索許可状に基づく捜索により獲得された覚せい剤をそれと関連性のある証拠であるとしたが、証拠収集過程に重大な違法はないとして証拠排除しなかった。しかし、その際に、無令状検証に違法の重大性が認められないのか、違法の重大性が認められても介在事情の存在により承継された違法が重大なものではなくなったのか、あるいは、その両方なのかとの点については、明示的な判断を示していない。

51) 最決平8・10・29刑集50巻9号683頁。

いて、最高裁は次のように判示した。「右警察官の違法行為は搜索の現場においてなされているが、その暴行の時点は証拠物発見の後であり、被告人の発言に触発されたものであって、証拠物の発見を目的とし搜索に利用するために行われたものとは認められないから、右証拠物を警察官の違法行為の結果収集された証拠として、証拠能力を否定することはできない。」

この判例の理解については、暴行と証拠発見との間に因果関係が認められないから証拠は排除されないとしたとする見解⁵²⁾と、暴行が搜索・差押えの一部をなしているとはいえないから証拠は排除されないとしたとする見解⁵³⁾があるといわれる⁵⁴⁾。前者の見解は、「理論的にも違法行為と無関係に発見された証拠を排除する合理的な説明は困難であるように思われる。」といい、後者の見解は、暴行と証拠発見の間に因果関係がなければ証拠が排除されないということになると、適法な搜索により発見された証拠を被疑者が取り戻そうとしたのに対して警察官が暴行を加えた場合に、証拠が排除されなくなる虞があることを懸念しているようである。この判例の表現の仕方からは、この判例はどちらの立場からも説明が可能である。

ところで、証拠の所在を供述させるために被疑者に暴行を加え被疑者の指示に従って証拠を発見し、差し押えた場合に典型的に見られるように、暴行が搜索・差押えの一部をなしていると見られる場合は確かにある。搜索・差押えに関しては、その目的を達成するために、一定の実力を行使することが搜索・差押えの効力として認められているが⁵⁵⁾、このことから逆に、実力行使が必要な限度を超え過剰なものとなれば、搜索・差押え自体が違法となるといえる。このことは一般に承認されていることと思われ

52) 酒巻・平成8年度重要判例解説178頁。

53) 三好・最判解刑事篇平成8年度133頁。

54) 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔搜索・証拠篇〕』（立花書房、2016年）449-450頁。

55) 最決平6・9・16刑集48巻6号420頁では、強制採尿のために被疑者を病院等の採血に適した場所に連行することが搜索・差押えの効力として認められた。

る⁵⁶⁾。他方で、被疑者宅とは別の場所で警察官が被疑者を逮捕し、被疑者宅での捜索で証拠の発見に至っていないとの連絡を受けて、被疑者に暴行を加えて証拠の所在を指示させた場合などを考えてみると、この場合の暴行は捜索の一部をなしているとはいえないが、証拠の獲得との間に因果関係はあるといえる。最高裁は平成15年2月14日判決で重大な違法が認定された逮捕とその逮捕下で任意提出された尿及び尿鑑定書との間に密接関連性を認めて証拠を排除したが、この関連性の概念の中核をなしているのは因果関係であると思われる。

この二つのアプローチは排斥しあうものではなく、暴行が捜索・差押手続の一部をなすものか否かを検討し、仮に、それが認められなくても、理論的には暴行と証拠獲得との間に関連性(因果関係)があるか否かをさらに検討しなければならないものと思われる。なお、ここで重要なのは、暴行と差押えを含む証拠「獲得」との間の因果関係であり、証拠「発見」との因果関係ではない⁵⁷⁾。暴行と証拠「獲得」までの間の因果関係を問題にすれば、例えば、被疑者が証拠を取り戻そうとしたことに対して暴行を加えた場合も、因果関係は認められ、違法収集証拠排除法則が適用される可能性は出てくることになる。

(2) ところで、暴行が捜索・差押えの一部を構成すると捉えた場合、その暴行により捜索・差押えの全過程が違法となるのか、すなわち、その捜索・差押えにより獲得された証拠すべてが違法に収集された証拠となるのかということは、検討すべき課題であると思われる。たとえば、①被疑者に暴行を加えて証拠の所在を指示させて証拠を発見・獲得した場合、②証拠を取り戻そうとする被疑者の行為を阻止するために暴行を加え証拠を差し押えた場合などにおいて、そうした暴行を伴わずに獲得された証拠が他にあったとして、それらの証拠も違法な捜索・差押えによって収集された

56) 安村「判批」法教200号146頁、洲見光男「判批」判タ949号40頁、三好・前掲注53) 142-144頁。

57) 安村・前掲注44) 147頁、洲見・前掲注44) 42頁。

証拠となるのか。さらには、③暴行を加えて証拠の所在を指示させようとしたが被疑者が応じず、警察官らが自力で証拠を発見・獲得した場合、④搜索場所に立ち入ろうとした際に被疑者が立入りを阻止する態度に出たために、暴行を加えて立ち入って搜索を行い証拠を発見・獲得した場合に、それらの証拠も違法な搜索・差押えによって収集された証拠となるのか、ということも問題となる。合衆国最高裁判所の判例のように違憲の活動と証拠との条件関係の有無をまずは検討する立場に立ち、さらには、暴行を伴う搜索・差押えとそうでない搜索・差押えを区別できるとの立場に立てば、①から③の証拠は、現実の因果の流れを考えても、暴行を伴う搜索・差押えがなくても獲得できた証拠であるから、違法に収集された証拠ではないということになる。④の証拠は、暴行を伴う立入りを搜索・差押えから区別した場合、違法な立入りがなければ証拠を搜索し差し押えることはできなかったということから、違法立入りとの関連性が認められる。密接な関連性が認められ証拠排除に至るか否かは、合衆国最高裁判所が稀釈法理を適用したように、適法な令状に基づいて搜索・差押えを行ったという事情などを違法の程度を減じる事情とみて、その上で判断されることになろう。①から③の証拠についても、暴行を伴う搜索・差押えとそうでない搜索・差押えを区別できないとの立場に立てば、違法の程度を減じる事情も考慮に入れて全体として搜索・差押えの違法の程度が「令状主義の精神を没却するような重大な違法」に匹敵するようなものといえるか否かで、証拠排除の是非を判断することになろう。

4 結びに代えて

我が国の最高裁が用いている違法収集証拠排除法則は、合衆国の排除法則の影響を受けて採用されたものであるが、その内容は重要な点で異なっている。本稿では、その相違を明確にするために、近時の動向の紹介も含めて両原則を対比させて論じてみた。

合衆国最高裁判所が用いている排除法則は、現在においても憲法上の原則として理解されている。憲法上の権利が侵害された場合の救済策として位置付けられており、憲法違反が生じた場合にのみ働く。また、違憲の活動がなかったならば得られなかったはずの証拠を原則として排除するので、排除法則を適用するに当たっては、憲法違反の活動が行われたか否かをまずは確定し、憲法違反が認定されれば、次に、その活動と排除が問題となっている証拠との間に条件関係を基礎とした因果関係が認められるか否かを判断するという形で、排除法則の適用は基本的に行われる。もっとも、合衆国でも排除法則は真犯人であっても釈放してしまうという効果を持つ劇薬であり、その適用は最終手段 (last resort) であるとされ、その適用には様々な形で限定が加えられている。近時においては、憲法違反の捜査が反復的・組織的に行われている場合を除いて、違憲の活動が、故意 (deliberate) に、または、無謀といえるほど注意が欠如した状態 (reckless) で、もしくは、重大な過失 (grossly negligence) に基づいて行われた場合に限り排除法則は適用されるとの適用基準がとられている。また、憲法上の法理の違反が生じた場合でも、当該証拠を排除することがその法理保障する利益の保護に役だつか否かで稀釈の有無を判断するという稀釈法理についての新しい考え方も示されている。さらには、排除法則は憲法上の権利についての唯一効果的な救済策であるとの理由で憲法上の地位が認められているが、他の救済策にも憲法の要請に応えられるだけの効果が認められるというように、前提となる事実状況に変化が生じれば、合衆国最高裁判所が判例変更をして排除法則を廃止するということが、理論上はあり得ないわけではない。もっとも、そうした事実状況に変化が生じたとしても、長い歴史を有する排除法則を合衆国最高裁判所が廃止するということは、実際上は考えにくいように思われる。

我が国の最高裁が採用している違法収集証拠排除法則は、刑訴法の解釈により導き出された法律上の原則である。最高裁は、違法の重大性と排除相当性を基準に証拠排除の是非を判断しているが、違法の重大性を判断す

違法収集証拠排除法則の適用の在り方（柳川）

るに当たっては、違法の承継論も併わせて用い、また、違法捜査が行われた場合にそれを裁判所が正確に認定するための手続についての違反まで含めて判断していると解される。我が国の違法収集証拠排除法則が合衆国の排除法則とは異なる原則であると理解するならば、適用形式が異なってもそれが理論的に不当であるということにはならないであろう。とはいえ、我が国の違法収集証拠排除法則には、理論上不明確な点が依然として多々残されており、明確で説得的な正当化理論の提供が、現在でも強く求められているように思われる。[※]

（本学法学部教授）

※付記

本年3月末をもって、鈴木彰雄先生が定年を迎えられ退任なされました。私が本学大学院の博士前期課程に入学し、刑法の下村康正先生の授業に参加させていただいていた際、授業は、前期課程の1年生が指定されたドイツ語文献の日本語訳を報告し、それに対して参加者が、「この部分はこちら読むべきだ」「いや、こちら読むべきだ」と自身の考えを主張し合う形で進められていました。議論が一通り出揃うと下村先生は決まって、「鈴木君はどう思うかね」と聞かれ、鈴木先生が「これこれの意味だと思います」とおっしゃると、下村先生は「うん、そうだね。」といわれて授業が先に進められました。外国語の文献を正確に読み解き、様々な議論を冷静に分析し的確に整理なさる鈴木先生の能力に感嘆し、以来、鈴木先生は私にとって、研究者としての目標となる憧れの存在となりました。これまで、様々な形でご指導いただいたことに心より感謝申し上げます。きわめて不出来なものではありますが、退任された鈴木彰雄先生にこの拙稿を献呈いたします。