

# 刑事判例研究(2)

## 中央大学刑事判例研究会

覚せい剤使用の事案において、被告人の陰部付近に薬物を隠匿しているのではないかと考えて、令状がないのに陰部付近の捜索を行い、続けざまに被告人に対してそのプライバシーや羞恥心への配慮を全く欠いたまま公道上でパンツを脱ぐように要求し、実際に被告人がパンツを脱ぐに至らせた上、これらの手続的な違法を糊塗するために、令状請求の疎明資料に、裁判官をして覚せい剤の隠匿の嫌疑に関する事実を誤解させる記載をして提出したもので(判文参照)、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、強制採尿手続により採取された被告人の尿の鑑定書は、違法収集証拠として証拠能力を否定すべきであるとして、原判決を破棄し、無罪を言い渡した事例

川 澄 真 樹

〔(覚せい剤取締法違反被告事件(平30(う)1849号)、東京高判令和元年7月16日、判タ1477号132頁、判時2459号110頁、東高刑時報70巻1-12号55頁、裁判所ウェブサイト)〕

### 【事実の概要】

ア 平成29年11月23日午前2時20分頃(以下、同日中の出来事については、年月日の記載を省略する。)、X警察署(以下「X署」という。)のB巡査部長(以下「B警察官」という。)及びC巡査長(以下「C警察官」という。)は、パトカーで警ら中、東京都甲内の公道上で、後部ナンバー灯の左側が減灯している自動車を発見し、停止させたが、運転席には被告人が、助手席には別の男

性が乗車していたので、交通違反の嫌疑で被告人に対する職務質問を開始した。無線照会をすると、被告人の薬物犯罪歴が判明したため、薬物犯罪の嫌疑を抱いたB警察官らは、上記自動車の車内検索や被告人の所持品検査を行ったが、被告人はいずれについても応じ、薬物等は発見されなかった。

イ 午前2時35分頃、別のパトカーで警ら中のD巡査（以下「D警察官」という。）らに応援要請がされ、同人らやH巡査長（以下「H警察官」という。）ら複数の警察官が現場に到着し、被告人に対し、任意採尿や腕をまくって見せることの説得がされたが、被告人は、令状がなければ応じられないという態度であった。

ウ 被告人は、当時運転免許証を携帯しておらず、Yのビデオボックスにあるので、一緒に来て確認してほしいと申し立てたので、D警察官らは、午前3時23分頃、被告人を同乗させて上記ビデオボックスに向かい、午前4時10分頃、被告人の運転免許証を確認した。同警察官が、免許証不携帯の反則告知をするため、X署への任意同行を求めると、被告人は、これに応じ、午前4時43分頃、同署において反則切符の告知を受けた後、午前5時30分頃、帰宅した。この間も、被告人に対し、任意採尿や腕をまくって見せることの説得がされたが、令状がなければ応じられないとの被告人の意思は変わらなかった。

エ H警察官らは、午前10時頃、覚せい剤の所持及び使用を被疑事実として、被告人の着衣及び所持品の搜索差押許可状、両腕の身体検査令状及び強制採尿令状を東京簡易裁判所に請求し（以下「本件令状請求」という。）、午後0時頃、同裁判所裁判官により強制採尿令状等が発付された。

オ 同月15日午後4時57分頃、被告人方において被告人に強制採尿令状が示され、採尿場所の病院まで同行後、被告人が自ら尿を出すことに同意したことから、任意採尿が行われ、その結果、被告人の尿から覚せい剤成分が検出され、本件鑑定書が作成された。

これに対して、弁護人は、本件での強制採尿令状の入手手続には、令状

主義の精神を没却するような重大な違法があるとして、本件で得られた被告人の尿の鑑定書の証拠排除を求めた。

### 【訴訟の経緯】

東京高裁がまとめる原判決は大意以下の様である。

「……アの後に実施された被告人に対する身体検査の状況については、これを実施したB警察官及びC警察官の各原審証言と、被告人の原審公判供述とが食い違っているが、……被告人の原審公判供述のとおり、同警察官が被告人の陰部を触ったことをきっかけに、被告人が、令状がなければ協力しないと態度を変えたと認定するのが相当である。

一方、被告人は、……その後の状況について、実際に陰部を露出し、その態様もベルトを外してズボンとパンツを下ろしたものであったと供述するが、警察官が、職務質問の対象者に対し、夜間とはいえ、通行人がいる公道上で裸になることを求め、陰部が露出されると、やめてくださいと言うこともなく、じっと見ていたとか、それに先立ち、二の腕まで見せたのに、覚せい剤使用の嫌疑の裏付けとなる注射痕の確認をせず、「それでは駄目でも脱げ。」と言ったというのは、あまりに不自然、不合理であって信用できない。B警察官が、被告人がチャックを下ろして陰部を露出しようとする動作を見たとしながら、実際に陰部を露出したかどうか見えなかったと証言するのは不自然な感を否めないが、B警察官……によれば、暗がりであり、被告人は体を回転させながらズボンのチャックをずらしたことや、短時間であったことを踏まえれば、陰部露出の有無が分からないということもないとはいえない。そうすると、ベルトを外してズボンとパンツを下ろすような形での陰部露出があったとは認定できない。」

「以上を前提にして、本件鑑定書の証拠能力を検討すると、本件令状請求の疎明資料には、「着衣の上から素手で確認していると、被疑者はズボンのベルト付近の捜検になると突然激昂し、『なんでそんなところまで触るんだ。令状をもってこい。』と大声で怒鳴りながら、身体を反転させな

がら、C警察官から離れようとした」といった記載があるが、実際には、前記のとおり、警察官が股間を触ってきたことから、被告人がそのようなことまでするなら令状を持ってこいと言ったものであり、意味合いが相当異なる。また、被告人が陰部を出そうとした事実も、ベルト付近の覚せい剤所持の嫌疑の程度に影響するから、この記載がないのも不適切である。

しかし、腰回りであれ、陰部であれ、被告人が、突然令状がなければ応じられないと態度を変えたことに変わりはなく、いずれにせよ覚せい剤所持の嫌疑自体は認められること、前記のとおり、ベルトを外し、ズボンとパンツを下ろす形で陰部を露出させたことはなかったのであるから、警察官において、覚せい剤所持の嫌疑が解消されたと認識しながら、敢えてその嫌疑があるかのような記載をしたとまではいえないことなどからすると、上記のような不適切な点があるのはともかく、本件令状請求手続に、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるとはいえず、本件鑑定書の証拠能力が否定されることはない。」

## 【判 旨】

### 破棄自判

東京高裁は大要以下の様に判示した。

#### 〔(1) 前提事実について

ア……所持品検査の過程で、C警察官が被告人の陰部付近を触ったことをきっかけに、被告人が、令状がなければ協力しないと態度を変えたと認定した点については、……当裁判所も是認することができる。しかし、被告人が、ベルトを外してズボンとパンツを下ろすような形での陰部露出があったとは認定できないとした点については、是認することができない。……〕

「イ……B警察官は、原審公判において、「被告人は……自らチャックを下ろして、陰部を露出しようとしたが、……被告人の正面に立ちふさがるように回り込むとともに、両手でやめてくれとジェスチャーをしたところ、

被告人は陰部をしまった。薄暗かったせいもあって、陰部を露出したかどうかは見えなかった。」と証言する。しかしながら、……B警察官は、被告人がズボン又はパンツの中に覚せい剤を所持しているのではないかとの疑いをもってははずであって、……目の前の被告人がパンツを下ろして陰部を露出しようとしていたのを注視しなかったというのは信用し難い。また、同警察官も、……被告人にやめるように求めたところ、「すぐに応じて陰部をしまいました。」とすら証言している（原審証人B 14頁）のであるから、……被告人の原審公判供述が信用できないからという理由で、被告人が陰部を露出しなかったと認定するのは、論理の飛躍があり、論理則、経験則等に照らして不合理であるといわざるを得ない。」

また、「……当審で取り調べた証人I（以下「I」という。）は、被告人は、……ズボンとパンツを一気にさげ、……被告人の目の前にいた警察官2名は、じっとこれを見ていたと証言する。Iの当審証言は、具体的であって、被告人の原審公判供述とも大筋において符合して」いる。

「ウ そして、陰部を露出した契機について、被告人は、原審公判において、C警察官から、……被告人に対し公道上でパンツの中を見せるようにしつこく要求されたためである旨供述するところ、被告人が何も理由がないのに急に公道上で陰部を露出するとは考え難いことからすれば、……C警察官から上記のような要求があったことが、被告人が陰部を露出する契機となったと認めるのが相当である。……」

「エ 他方、……被告人の肘の内側に注射痕があることは一見して分かることである（原審甲6）から、警察官がもしそれを現認したとすれば、令状を請求する際の疎明資料に当然記載するはずである。……被告人の腕に関する警察官の言動には、特段の違法行為があったとは認められないので、もし被告人が供述するとおりの経過であれば、警察官が注射痕を現認したにもかかわらずそれを記載しないと考えるのは考え難い。……したがって、腕をめぐる経緯については、……警察官らが被告人に対して腕を見せるように言ったのに対して、被告人はこれを拒絶したと認めるのが相当である。

オ 以上によれば……被告人は、C警察官から断りなく陰部付近を触られたことから、大声を出して怒った。同警察官は、被告人の反応を見て、被告人が陰部付近に違法薬物を隠匿しているのではないかという疑いを深め、被告人に対し、「パンツの中を見たい。何か隠してる。」などと言ったが、被告人は、……それも断った。さらに、同警察官は、両腕を見せるように被告人に求めたが、被告人はそれも断った。そこで、同警察官が、被告人に対し、「中に隠していなければ見せることができるはずだ。」などと言いつづけたところ、被告人は、……ズボンとパンツを膝まで下ろした。同警察官とB警察官は、数秒間それを見ていた……。

(2) 本件鑑定書の証拠能力について

ア 以上の認定事実を前提に、被告人に対する所持品検査及び本件令状請求の適法性について検討する。

(ア) まず、C警察官が、着衣の上から被告人の陰部付近を触ったことの適法性について検討する。

被告人は、……陰部付近を触られることまで承諾していたとは認められないところ、着衣の上からとはいえ、被疑者に何ら断ることなく陰部付近を触るという行為は、個人のプライバシーに対する配慮を欠いた不適切なもので、実質的に無令状で被告人の身体に対する捜索を実施するに等しいものである。……」

「警察官としては、……被告人のプライバシーにも配慮しつつ、……陰部付近の所持品検査を続行するといったことが十分に可能であり、他方、この時点で、上記のような態様で所持品検査を行うことが必要とされるような差し迫った状況は認められない。したがって、C警察官が着衣の上から被告人の陰部付近を触った行為は、職務質問に付随する所持品検査として許容される範囲を超えた違法なものであるといわざるを得ない。

(イ) 次に、被告人が公道上で陰部を露出するに至った経緯の適法性について検討する。

……C警察官は、被告人に対して何度もパンツの中を見せるように要求

しており、かつ、被告人がパンツを降ろした後もそれを止めることもせず、にじっと見ていたというのであるから、同警察官の上記言動は、被告人に対して公道上でパンツを脱ぐことを求めたと解さざるを得ない。プライバシーが確保された状況においてパンツの中を確認させてもらうように要請するなど、他に採り得る手段があり、特段の緊急性が認められないにもかかわらず、公道上においてパンツを脱ぐように求めた同警察官の上記言動は、被告人のプライバシーや羞恥心に対する配慮を著しく欠いたものであり、その結果、実際に被告人が公道上でパンツを下げて陰部を露出するに至ったことを踏まえると、同警察官が有形力を行使したわけではないものの、その言動は違法であるとの評価を免れない。

(ウ) 上記(ア)及び(イ)を踏まえて、本件令状請求の疎明資料の記載の適法性について検討する。」

本件令状請求の「……疎明資料の記載では、被告人は腰回りに覚せい剤を隠匿していたため、大声で怒鳴るなどして所持品検査を拒否したように読める」が、「……実際には、被告人はいきなり陰部付近を触られたので大声を出しただけであり、腕を見せることは拒絶したものの、警察官の求めに応じてパンツを下ろし、パンツの下に違法薬物等がないことが確認されたのであって、被告人の身体検査への対応状況はかなり異なっている。

そうすると、警察官は、上記(ア)及び(イ)の手続的な違法を糊塗するため、本件令状請求の疎明資料に、これらの事実をありのままに記載することなく、むしろ令状審査を行う裁判官の判断を誤らせる記載をしたというべきであって、本件令状請求の疎明資料の記載も違法であるとの評価を免れない。……」

「イ 以上を前提に、本件鑑定書の証拠能力について検討する。

……本件において、警察官らは、……手続的な違法を糊塗するために、本件令状請求の疎明資料に、令状審査を行う裁判官をして令状請求の根拠となる覚せい剤の隠匿の嫌疑に関する事実を誤解させる記載をして裁判所に提出したものであるから、このような一連の捜査の過程は、違法に違法

を重ねるものであって、令状主義の精神を没却する重大な違法があるといわざるを得ない。

……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、重大な違法がある上記一連の捜査手続と密接な関連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、上記のとおり、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。

したがって、本件鑑定書は、違法収集証拠として証拠能力を否定すべきであ……る。』

## 【研究】

### 1. はじめに

本件は、覚せい剤の所持と使用の嫌疑がある被告人に対する職務質問における警察官の被告人の陰部を触る、パンツを脱がせるという行為とその後のこれらの重要な事実を記載しない疎明資料により強制採尿令状等の発付を受け、そこから続いて得られた尿の鑑定書の証拠能力が否定された事例である<sup>1)</sup>。

---

1) 本件の紹介・解説として、小浦美保「判批」刑事法ジャーナル68号187頁（2021年）、小林秀親「判批」警察公論第76巻第1号86頁（2021年）、細谷芳明「判批」捜査研究841号58頁（2020年）金子章「判批」法学教室471号144頁（2019年）、石田倫識「判批」法学セミナー779号120頁（2019年）、山口修一郎「判批」研修第860号27頁（2020年）、榎本雅紀「判批」新・判例解説Watch 27号195頁（2020



## 2. 関連判例

違法な手続により入手された証拠が排除され得ることを初めて最高裁が認めた裁判例は最判昭和53年9月7日(刑集32巻6号1672頁)であり、その後、最判昭和61年4月25日(刑集40巻3号215頁)を経て、最高裁は先行手続の違法が後行手続に影響を与えるかという問をいわゆる「違法の承継論」の問題として捉え、その際、「同一目的・直接利用」という判断枠組みが示された<sup>2)</sup>。そして、最高裁は最判平成15年2月14日(刑集57巻2号121頁)においてさらに新たな判断枠組みを提示した。それが本件でいわれている「密接関連性」である。本事案では、窃盗の被疑事実で逮捕状が発付されている被告人宅に警察官らが逮捕状を携帯せずに赴いたところ、被告人が逃走したため、取り押さえて逮捕し、警察署へ連行した後に被告人に対し逮捕状を呈示した。その後、被告人は任意で尿の提出に応じ、尿から覚せい剤成分が検出されたため、被告人方に対する覚せい剤取締法違反被疑事件についての捜索差押許可状が発付され、既に発付されていた窃盗被疑事件についての捜索差押許可状と併せて執行され、覚せい剤が発見された。この際、警察官らは実際には警察署に連行してから逮捕状を呈示していたにも関わらず、逮捕状には逮捕現場において被告人に対し逮捕状を呈示して逮捕した旨虚偽の記載をし、同旨の捜査報告書を作成した上、公判廷においても同様に事実と反する証言を行った。最高裁は、本件逮捕時の手続的な違法に加えて、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、さらには、公判廷において事実と反する証言をしていることを指摘し、このような逮捕後の手続も併せて考慮して、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り、逮捕後に採取された尿及び尿の鑑定書は違法な逮捕手続と「密接に関連する」として、その証拠能力を

---

年)がある。

2) この点については拙稿・本誌316頁-318頁参照。

否定した。この「密接関連性」という文言に関しては様々な見解があるが、例えば、従来の判例では同一被疑事実であったため、「同一目的・直接利用」という枠組みに収まっていたが、本事案では、先行手続は、窃盗の被疑事実による違法な逮捕であり、後行手続は覚せい剤の使用の証拠の獲得であったため、もはや「同一目的・直接利用」という枠組みに収まらないがゆえに密接関連性という文言を用いてなおも違法の承継の対象となり得ることを示したとの見解<sup>3)</sup>、昭和61年判決以後の先例では、「同一目的・直接利用」双方が肯定し得る事案であったことから、先行手続の違法の後行手続への承継の有無という判断手法を採りやすかったが、本事案では、「同一目的」が認められない他、利用関係の直接性も乏しく、ただ、この場合でも本事案では、「直接利用」が認められることを前提として、先行手続の逮捕手続の違法の程度が重大な場合には、後行の採尿手続がその先行の逮捕手続の影響を受けて違法となることを明らかにしたものとする見解<sup>4)</sup>、さらに、本事案のように、直接証拠を獲得したのではなく、その先行手続が違法であった場合には、当該証拠は証拠獲得手続を通じて違法な先行手続と因果関係があるため、直接の証拠獲得手続が違法か否かを検討する必要はないとする見解<sup>5)</sup>を採ったと理解することもできるとの指摘もある<sup>6)</sup>。つまり、この見解によれば、本事案では重大な違法の逮捕手続と尿及び尿の鑑定書との間に将来の違法捜査抑止の観点から相当といえるだけの関連性の有無を判断すればよいことになる<sup>7)</sup>。このように、平成15年判決における「密接に関連する」とは何を意味するか、という点について

---

3) 清水真「違法収集証拠の排除法理における因果性についての考察」慶應法学第31号89頁、98頁(2015年)。

4) 朝山芳史「判解」最高裁判所判例解説 刑事篇(平成15年度)40頁、41頁。

5) 川出敏裕「『いわゆる毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」芝原邦爾他編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』513頁、517頁(1998年)。

6) 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』(立花書房、2016年)462頁。

7) 同上。

は見解の相違がある。しかしながら、そこでは、必ずしも「同一目的・直接利用」が当てはまらない場合であっても「密接に関連する」という文言により証拠排除がなされ得るとする新たな判断枠組みが提示されたことは確かといえるであろう。

### 3. 検討

東京高裁は、本件での違法性について、まず、警察官が被告人の陰部に触ったことを認定し、これが職務質問に付随する所持品検査として許容される限度を超えた違法なものとして判断している。この点について、東京高裁は、陰部を無承諾で触ることは実質的に無令状で身体に対する捜索を実施するに等しいものであると判示している。そして、さらに、東京高裁は、警察官が被告人に対してパンツを脱ぐように求め、被告人はこれに応じたものと認定し、この際の警察官の言動も被告人のプライバシーや羞恥心に対する配慮を著しく欠いたものであるとして違法なものとして判断している。その上で東京高裁は、警察官らはこれらの手続的違法を糊塗するために令状の疎明資料にこれらの事実をありのままに記載せず、むしろ令状審査を行う裁判官の判断を誤らせる記載をしたとして、本件令状（被告人の着衣及び所持品の捜索差押許可状、身体検査令状及び強制採尿令状）請求の疎明資料の記載も違法とし、このような一連の捜査の過程は、違法に違法を重ねるものであり、令状主義の精神を没却する重大な違法があると認定した。

そして、東京高裁は本件一連の捜査過程の違法は、覚せい剤の所持の嫌疑に関するものではあるが、同一の疎明資料に基づいて使用に関する令状請求がなされており、両者、すなわち、覚せい剤の「所持」と「使用」が相互に「密接に関係する」としている。その上で、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」を有し、一連の違法な手続の影響を免れないとし、警察官が令状請求において不実な記載をしたこと、原審公判でも、これと同旨の証言を行ったことを指摘し、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り、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し、本件鑑定書の証拠能力を否定した。

そこでまず、本件警察官の行為の違法性に関して検討すると、警察官の行為は、被告人の陰部付近を触り、さらに被告人が拒否しているのに執拗にパンツを脱ぐように求め、路上でパンツを下ろさせ、さらには、これらの事実を糊塗するために令状請求に際してありのままの事実とはいえない不実の記載をしているというものであった。陰部付近は、身体において最もプライバシーや羞恥心に対する配慮が求められる部位であり、その部位を着衣の上からとはいえ触れるのみならず、路上という不特定多数の者の目に触れる可能性がある場所で下着の中を確認させるように執拗に求め、結果として下着を脱ぐように至らせたことは、個人の羞恥心や尊厳に対する配慮を欠いた行為といえる。加えて、これらの事実を糊塗するために警察官らは令状請求段階で疎明資料に不実の記載を行っている。このような一連の警察官らの行為を全体として捉えた場合、決して軽微な違法とはいえないことは明らかであろう。この点について、上述したように、本件東京高裁も本件一連の捜査過程が重大な違法に当たると評価しているが、その際、東京高裁は「一連の捜査過程は違法に違法を重ねる」という文言を用いている。これは、陰部を触ったこと、路上でパンツを下ろさせたこと、さらには、これらの事実を糊塗するために令状請求に際して不実の記載をしたことという各違法行為が累積して重大な違法に当たるとしたのではないと思われる。東京高裁は、陰部を触ることについてはそれだけで実質的に無令状での捜索に等しいものであるとしているが、違法収集証拠排除法則が打ち出された昭和53年決定では、警察官による無承諾でのポケットからの覚せい剤の取り出し行為は「捜索に類するもの」であるが、重大な違法には当たらないとされている。また、昭和61年決定では、被告人の明確な承諾を得ないままの住居への立ち入りに違法の重大性が認められていない。さらに、最決平成21年9月28日（刑集63巻7号868頁）<sup>8)</sup>では、荷送人及び荷受人の承諾を得ず、また、検証許可令状によらず行った宅配

荷物の内容物の観察のためのエックス線検査が重大な違法とは認定されておらず、違法な強制処分、あるいは違憲の活動が行われても、従来の判例では、直ちにそれだけで違法の重大性は認定していない。そうすると、本件で「搜索に等しい」とされている陰部を触る行為についてもそれ単体で重大な違法に当たるとはしておらず、本件警察官の一連の累積した違法行為を重大な違法として東京高裁は捉えているのではないと思われる。

ところで、本件で東京高裁は、警察官は「本件令状請求の疎明資料に、これらの事実をありのままに記載することなく、むしろ令状審査を行う裁判官の判断を誤らせる記載をした」と論じているが、これにより本件の各令状が実体要件に支えられておらず違法に発付されたとまでは明確に判示していない。本件では被告人が最終的には尿を自ら提出しているが、これは強制採尿令状を呈示されたことによるものであるから、実質的には強制採尿令状に基づく採尿であるといえる。証拠排除が問題となっている尿鑑定書の前提となっている尿は、直接にはこの強制採尿令状に基づく採尿によって獲得されているのであるから、強制採尿令状の発付それ自体が違法であったか否かは、明確に判断されるべきではなかったかと思われる。仮に、採尿手続自体も違法だとすると、この違法と先行手続の違法を合わせて違法の重大性が判断されることになる。他方、強制採尿令状は適法に発付され、採尿手続もそれ自体としては適法であったとすると、採尿手続は先行する手続の違法を承継して違法となるのか、それとも、先行する違法な手続がなくても強制採尿令状は適法に発付されたのだから、この令状が

---

8) 本件の紹介・解説として多くのものがあるが、紙幅の関係から主要なものとして、増田啓祐「判解」最高裁判所判例解説 刑事篇（平成21年度）371頁、笹倉宏紀「判批」ジュリスト増刊1398号208頁（平21年重判解）（2010年）、安村勉「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（別冊ジュリスト）62頁（2017年）、井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（別冊ジュリスト）70頁（2011年）、椎橋隆幸・柳川重規編『刑事訴訟法基本判例解説〔第2版〕』（信山社、2018年）122頁（小木曾綾担当）等がある。

独立入手源となるとして、尿は結局適法に採取されたということになるのか、この点が問われることになるのではないだろうか。

次に、本件鑑定書の証拠能力について検討する。本件で尿の鑑定書は、本件一連の違法手続と密接な関連を有しているとしてその証拠能力が否定されており、一見すると「密接関連性」の基準が用いられているようにもみえる。しかしながら、本件での尿の獲得に至った経緯は、先行する警察官の一連の違法な行為によるものである。上述したように、東京高裁は、本件での個々の違法が累積した結果、違法が重大になったと捉えていると考えられ、結果として、後行手続である採尿手続も重大な違法性を帯びるとしていると思われる。そうすると、そこでの証拠排除の根拠は、実際には、先行手続の重大な違法性を後行手続が承継するとする「違法の承継論」が用いられているように思われる。このように考えた場合には、「密接に関連する」という文言を用いるのではなく、本件では累積した一連の先行手続の違法性を後行手続である採尿手続が承継するとした方が理論的には明快であったようにも思われる。

最後に証拠排除の相当性についてであるが、従来より、証拠排除は重畳説が通説的見解であるとされている。この説によれば、官憲が行った行為に重大な違法が認められるとともに、排除相当性も認められる場合に証拠の排除が認められるとされる。そこで、この点について本件で東京高裁の判示をみると、東京高裁は、証拠排除がなされる理由として、警察官らが令状請求に際して不実の記載をした上、さらに、原審公判においてそれと同旨の証言をしたという一連の経過は、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ことを挙げている。一方、東京高裁は、本件での重大な違法とは、陰部を触ったこと、路上でパンツを下ろさせたこと、さらには、これらの事実を糊塗するために令状請求に際して不実の記載をしたことの一連の行為としており、排除相当性で挙げられている根拠とその内容が一致していない。東京

高裁は、重大な違法と排除相当性双方を認定しているとはいえ、重大な違法と同じ要素を排除相当性で指摘しないということは、排除相当に当たる事情を重大な違法の中身とは関係なく、別途独立して認定することを認めているように思われ、したがって、本件では従来の重畳説を採ってはいないということになる。

ところで、証拠排除が認められた平成15年判決をみると、本件類似の警察官の公判廷での偽証も含めて重大な違法とされ、排除相当性が認められた。しかし、そうすると、先行手続と後行手続との因果関係には関わらない公判廷の偽証が過去に遡って効果を及ぼし、後行手続に影響を与えることになり、これをどのように理解するかが問題とされてきた。これに対して、本件東京高裁は重大な違法の一部である不実の記載に加えて、それに基づく公判廷での警察官の不実の証言を排除相当性段階で加味しており、この点が平成15年判決とは異なる新たな判断といえ、この限りにおいて、平成15年判決での判断の理論的問題点への対応を図っているようにも思われる<sup>9)</sup>。とはいえ、この考え方は、実質的には併用説を採用するものであるともいえ、重大な違法とは認められなくても違法が繰り返される虞があるなどの排除相当性が認められれば、証拠排除を肯定することとなる。しかし、そうすると、裁判所は警察に対する監督機関ではないにもかかわらず、違法に重大性が認められなくてもそれを抑制するために、事実の解明を犠牲にしてまで証拠を排除することを刑事訴訟法が裁判所に命じていると解することになる。このように解することが妥当ではないからこそ、重畳説が一般に指示されてきたのではないかとの疑問が、本判決には生じることになろう。

#### 4. 意義及び課題

本件では違法薬物に関する嫌疑での職務質問からの一連の過程により得

---

9) この点については、榎本前掲注1) 198頁も参照。

られた尿の鑑定書の証拠能力が問題となり、先行手続及び後行の証拠獲得手続と因果関係のない警察官の公判廷での偽証につき、重大な違法とは区別して排除相当性段階で判断するという、これまでにない考え方が示された。しかしながら、重大な違法と排除相当性の判断要素に差異が出ていることについては十分な説明がなされておらず、このような証拠排除の考え方が妥当か否かは、今後議論を呼ぶように思われる。

（本学法学部兼任講師）