

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⁽¹⁾

丸橋昌太郎

I 事実の概要

最高裁が認定した原審の事実認定は以下の通りである。

- (1) 「被告人に対しては、かねて窃盗の被疑事実による逮捕状（以下「本件逮捕状」という。）が発付されていたところ、平成10年5月1日朝、滋賀県大津警察署の警部補A外2名の警察官は、被告人の動向を視察し、その身柄を確保するため、本件逮捕状を携行しないで同署から警察車両で三重県上野市内の被告人方に赴いた。」
- (2) 「上記警察官3名は、被告人方前で被告人を発見して、任意同行に応ずるよう説得したところ、被告人は、警察官に逮捕状を見せるよう要求して任意同行に応じず、突然逃走して、隣家の敷地内に逃げ込んだ。」

⁽¹⁾ 刑集57巻2号121頁。本件に関する評釈・論文として、佐藤文哉「判批」法教275号38頁（2003年）、中川孝博「判批」法セミ48巻6号119頁（2003年）、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29頁（2003年）、渥美東洋「判批」現代刑事法5巻11号23頁（2003年）、宇藤崇「「毒樹の果実」論について」現代刑事法5巻11号43頁（2003年）、河村博「違法収集証拠をめぐる」河上古稀359頁（2003年）、椎橋隆幸「判批」ジュリ1269号197頁（平成15年度重判）（2004年）、清水真「判批」法学新報110巻9=10号233頁（2004年）、石井一正「判批」現代刑事法6巻4号72頁（2004年）、香川喜八朗「判批」判例評論545号219頁（2004年）、同「判批」亜細亞法學38巻2号1頁（2004年）、大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選<第8版>140頁（2005年）、緑大輔「判批」修道法学28巻1号93頁（2005年）、高木俊夫「判批」研修680号3頁（2005年）、小早川義則「排除法則と毒樹の果実論」渥美古稀129頁（2006年）、池田公博「判批」ジュリ1338号212頁（2007年）。また、調査官解説として、朝山芳史「判解」平成15年度最高裁判所判例解説刑事篇21頁がある。

- (3) 「被告人は、その後、隣家の敷地を出て来たところを上記警察官3名に追いかけて、更に逃走したが、同日午前8時25分ころ、被告人方付近の路上（以下「本件現場」という。）で上記警察官3名に制圧され、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。」
- (4) 「被告人は、被告人方付近の物干し台のポールにしがみついて抵抗したものの、上記警察官3名にポールから引き離されるなどして警察車両まで連れて来られ、同車両で大津警察署に連行され、同日午前11時ころ同署に到着した後、間もなく警察官から本件逮捕状を呈示された。」
- (5) 「本件逮捕状には、同日午前8時25分ころ、本件現場において本件逮捕状を呈示して被告人を逮捕した旨のA警察官作成名義の記載があり、さらに、同警察官は、同日付けでこれと同旨の記載のある捜査報告書を作成した。」
- (6) 「被告人は、同日午後7時10分ころ、大津警察署内で任意の採尿に応じたが、その際、被告人に対し強制が加えられることはなかった。被告人の尿について滋賀県警察本部刑事部科学捜査研究所研究員が鑑定したところ、覚せい剤成分が検出された。」
- (7) 「同月6日、大津簡易裁判所裁判官から、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件について被告人方を捜索すべき場所とする捜索差押許可状が発付され、既に発付されていた被告人に対する窃盗被疑事件についての捜索差押許可状と併せて同日執行され、被告人方の捜索が行われた結果、被告人方からビニール袋入り覚せい剤1袋（以下「本件覚せい剤」という。）が発見されて差し押さえられた。」
- (8) 「被告人は、同年6月11日、「法定の除外事由がないのに、平成10年4月中旬ころから同年5月1日までの間、三重県下若しくはその周辺において、覚せい剤若干量を自己の身体に摂取して、使用した」との事実（公訴事実第1）、及び「同年5月6日、同県上野市内の被告人方において、覚せい剤約0.423gをみだりに所持した」との事実（公訴事実第2）により起訴され、同年10月15日、本件逮捕状に係る窃盗の事実についても追起訴された。」
- (9) 「上記被告事件の公判において、本件逮捕状による逮捕手続の違法性が

争われ、被告人側から、逮捕時に本件現場において逮捕状が呈示されなかった旨の主張がされたのに対し、前記3名の警察官は、証人として、本件逮捕状を本件現場で被告人に示すとともに被疑事実の要旨を読み聞かせた旨の証言をした。原審は、上記証言を信用せず、警察官は本件逮捕状を本件現場に携行していなかったし、逮捕時に本件逮捕状が呈示されなかったと認定している。」

第一審は、窃盗事実については有罪とした上で、覚せい剤所持および使用の事実については、警察官らが不自然な供述（逮捕状の緊急執行（刑訴法201条2項、73条3項）の手続を知りながら、逮捕状を呈示したという）をしている点を重視して、将来の違法捜査抑制の見地から、違法な逮捕状態を利用して獲得されたと認められる証拠（尿鑑定書および覚せい剤）を排除して、無罪とした。原審も、このような証拠を許容すれば、「過誤は隠ぺいすればよいとの認識を許容する」ことになるとして、いずれの証拠も排除した。

これに対して検察官が上告をした。

【判旨】（破棄差戻し）

(1) 「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（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）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、前記のとおり、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（最高裁昭和51年(あ)第865号同53年9月7日第一小法廷判決・刑集32巻6号1672頁参

照)。」

(2) 「前記のとおり、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。

したがって、原判決の判断は、上記鑑定書の証拠能力を否定した点に関する限り、相当である。」

(3) 「次に、本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし、被告人方を捜索すべき場所として発付された捜索差押許可状に基づいて行われた捜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記捜索差押許可状は上記(2)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。

しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること、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捜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、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと上記(2)の鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に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。」

II 問題の所在

最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁(判例①)は、法律上、明文の規定がない違法に収集された証拠の証拠能力について、「証拠物の押収等の手続に、……令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、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」との判断を示した。その後、最高裁は、同判例に従って、最判昭和61年4月25日刑集40巻3号215頁(判例②)、最決昭和63年9月16日刑集42巻7号1051頁(判例③)、最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁(判例④)、最決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁(判例⑤)、最決平成8年10月29日刑集50巻9号683頁(判例⑥)において判断し、いずれも結論として証拠排除を否定してきた。本件は、同判例に従って、最高裁として、はじめて証拠を排除した事例として注目される。

学説では、一般に、排除法則を導く根拠として、(a)司法の廉潔性(無瑕性)、(b)違法捜査抑止、(c)憲法規範が指摘される。そして、判例④における排除要件を、「重大な違法」要件と、「排除相当性」要件とに分けて考え、前者(a)から導かれ、後者は(b)から導かれるとされることが多い。ただ、「各論の時代」になった現在は、どのようにすれば司法への信頼を維持でき、また違法捜査を抑制できるのかを具体的に示していくことが求められているものと思われる。そこで、本稿では、本判決の構造に検討を加えたい。

本件は、逮捕状発付されている被疑者に対して、任意同行を求めたことを契機として、令状の執行手続き(事前呈示)をとらないで実質逮捕に至ったものである。

逮捕状発付済みの被疑者に対して任意同行を求めた点については、警察実務上、逮捕状があっても、まず「任意同行という形で被疑者を警察署へ連行し、そこで若干の取調べを行った上、被疑者を逮捕するという運用がかなり広く行われている」⁽²⁾とされる。このような運用は、日本における逮捕それ自体に社会的不利益が大きいことに鑑みると、被疑者の名誉のために行われ、かつ、逮捕後の時間制限潜脱の意図がない限りにおいては必ずしも不適切なものとはいえないであろう⁽³⁾。

問題は、令状の執行手続をとらずに逮捕に至った点である。わが国の刑事訴訟法は、「逮捕状により被疑者を逮捕するには、逮捕状を被疑者に示さな

⁽²⁾ 小田健司「任意同行と逮捕の始期」新関雅夫ほか『新版令状基本問題』(1986年) 68頁以下。

なければならない」(刑訴法201条1項)とする一方で、本件のように逮捕状を持参していない場合に、例外的に緊急執行による逮捕を認めている(刑訴法201条2項・73条3項)。この緊急執行の要件は、(a)急速性、(b)令状発付および被疑事実の告知、(c)事後に速やかな令状呈示である。このうち、(a)の点につき、判例では、「入手されるまで待てば令状の執行が困難になるおそれがある場合で足りる」⁽⁴⁾とされており、本件状況は、これに該当しうるものと考えられ、本件の違法は、(b)の告知を怠っただけということもできる。判例③が、覚せい剤所持の緊急逮捕が可能な状況において、拒絶する被疑者をパトカーに乗せて同行をした事案について、任意同行の点を違法としつつも、「法の執行方法の選択ないし捜査の手順を誤ったものにすぎず、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえない」ことを理由の一つとして重大な違法ではないとしたことに鑑みると、本件の不告知も、重大な違法ではないという評価もできよう⁽⁵⁾。本判決も「手続的な違反があるが、それにとどまらず」としているところからも、手続的違反自体は、重大なものではないと評価したものと考えられる。

⁽³⁾ ほぼ通説といえる。小田・前掲注(2)論文68頁以下、堀籠幸男「任意同行と逮捕の始期」判例タイムズ296号64頁(1973年)69頁、河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究41巻1号47頁(1970年)、山下重信「任意同行と任意出頭(下)」警察学論集27巻4号96頁(1974年)、頃安健司「任意同行と自由の制限」石井ほか『現代刑罰法体系5』135頁(1983年)167頁、横井大三『刑事裁判例ノート(1)』(1971年)58頁。

最高裁でこのことに言及したものはないが、下級審の裁判例として、佐賀地決昭和43年12月1日・下刑集10巻12号1252頁は、「すでにある被疑者に対する裁判官の逮捕状が発布された後であっても、捜査関係者が、これを当初から執行することなくして、その被疑者に対しいわゆる任意の同行を求めることは、一向にさしつかえないばかりか、もしそれが、その被疑者に対する取調べの結果逮捕の必要がないものと認められるときは逮捕状の執行はしないという意図の下になされたものとするならば、それは、任意同行が原則であり、かつ裁判官の逮捕状は逮捕の許可状に過ぎないと言うことを前提とする以上、むしろ好ましいことではある」としている。同旨のものとして、佐賀地決昭和43年12月1日・下刑集10巻12号1252頁。また、拘束時間の観点から、否定したものとして、高松地決昭和43年11月20日・下刑集10巻11号1159頁、神戸地決昭和43年7月9日・下刑集20巻7号801頁がある。

⁽⁴⁾ 東京高判平成8年12月12日・東高判報47巻1～12号145頁。この点に関する最高裁の事例判断として、最決昭和31年3月9日刑集10巻3号303頁がある。

そうであるにもかかわらず、本件は、虚偽の捜査報告書の作成等の警察官らの態度を重視して、違法性の程度を重大とし、将来の違法捜査抑制の見地からしても相当でないとして、これと密接に関連する尿鑑定書の証拠能力を否定した。

以下、警察官の主観的事情と違法の重大性、密接関連性と排除相当性の関係について検討する。

III 捜査官の主観的事情と違法の重大性

まず、違法性判断において、虚偽捜査報告書の作成等、事後的な事実を判断の基礎としたことについて、判例⑥は、証拠獲得後になされた暴行につき、証拠物の発見を目的とし捜査に利用するために行われたものではないとして、それ以前に獲得された証拠の証拠能力を肯定している。このことから、本件は、これら警察官らの態度から、逮捕時の捜査官らの主観的事情を推知したものであるとの見解が多い⁽⁶⁾。

もっとも、主観的事情を考慮すること自体は、新しい判断ではない。判例は、当初より、「令状主義を潜脱する意図」がないことを排除しない理由（違法の重大性判断）の一つとして検討してきた（判例①③）。また、判例②は、「当初から無断で入る意図」の不存在、判例④は、「当初から違法な留め置きをする意図」の不存在を排除しない理由の一つに挙げている。ただ、

⁽⁵⁾ もっとも、令状の事前呈示を憲法上の要請と解する立場（例えば、川崎英明「盗聴の規制と令状主義・強制処分法定主義」石松退官記念63頁以下など）からは、重大な違法ということになる。ただ、後述の令状主義のシステムから考えれば、令状の事前不呈示が直ちに重大な違法であるとまではいえないであろう。令状の事前呈示が憲法上の要請であるかについては、通信傍受法の合憲性を巡って議論されてきた。通信傍受の合憲性について詳しくは、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（1997年）〔同著は、令状の事前呈示につき、「令状主義のそのものの要請だといえるかは、疑問」（同74頁）とする。〕参照。なお、札幌地判平成9年5月15日判時1636号153頁は、令状の事前呈示を、「憲法の令状主義自体の要請ではない」とする。

⁽⁶⁾ 長沼・前掲注(1)論文34頁、大澤・前掲注(1)論文141頁。

より根源的な問題は、捜査官の主観的事情を違法の重大性において考慮することが、特に任意捜査の違法性判断と整合するかどうかである。

最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁は、強制処分を「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」とした上で、それに至らない処分は、任意処分として、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」ことを示した。この任意捜査の適法性（違法性）は、まず、第一に、「個人の意思を制圧し、権利の制約をする処分でないこと」（処分の性質が強制でないこと）が判断され、第二に、必要性、緊急性などを考慮して相当性があるかが判断される。

ここで注目すべきは、第一の段階においても、第二の段階においても、被処分者の権利や捜査の必要性、緊急性など、客観的事情によって判断されており、捜査官の主観的事情が問題とされていないことである。このことは任意捜査の適法性判断にとどまらない。別件逮捕・勾留における議論では、むしろ、正面から捜査官の主観的事情によって捜査の適法性判断は影響を受けないという指摘がなされているのである⁽⁷⁾。

ところが、このように、捜査官の主観的事情は、捜査の適法性判断においては考慮されていないにもかかわらず、学説では、排除法則における違法の重大性判断においては考慮要素としてあげるものが多い⁽⁸⁾。しかし、捜査の違法性判断において考慮されない要素が、なぜ排除法則の違法の重大性判断において、しかも重要な要素として位置づけられるかについては、学説上、必ずしも明らかにはされていない。このため、違法捜査抑制の目的から導かれる米国の「善意の例外」を参考にして、捜査官の態度や主観的事情は、「違法の重大性」ではなく、違法捜査抑制の根拠から導かれるとされる「排

⁽⁷⁾ 中谷雄二郎「別件逮捕・拘留」三井ほか編『刑事手続 上』（1988年）200頁、川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』（1998年）228頁等。

⁽⁸⁾ たとえば、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（1985年）、石井一正『違法収集証拠排除の基準』判例タイムズ557号9頁（1985年）、山田耕司「尿の任意提出における『同意目的・直接利用』基準』判例タイムズ779号51頁（1992年）。

除相当性」において考慮されるべきといわれるのである⁽⁹⁾。

これに対して、排除法則を令状主義の規律のシステムの一部として理解すれば、「違法の重大性」判断において捜査官の主観的事情を考慮することは、必ずしも不自然ではない。

令状主義の規律のシステムは、実体的に、捜査規範、すなわち捜査の必要性から実体要件を設定し、この実体要件を手続要件によって担保することで、捜査が不必要な範囲に及ばないように規制するものである⁽¹⁰⁾。排除法則は、この令状主義による規律の構造において、手続的担保（事後的司法審査）の一つと位置づけられる⁽¹¹⁾。

このように理解すると、令状主義は、制度として実体要件を担保することが目的であるから、実体要件を担保するシステム自体の維持も、司法審査の重要な役割となる。つまり、司法は、システムを形骸化するような捜査官の脱法的行動も含めて審査しなければならない。とりわけ、事後的な司法審査は、構造上、事実認定が困難であるから、捜査官の協力なしには成り立ちえない。捜査官に脱法の意図等があると令状主義システムの形骸化につながる⁽¹²⁾。捜査官の協力がなくても正確な事実認定ができるのであれば、客観的な実体要件の存否のみを評価すれば足りるが、事実認定の多くを捜査官に

⁽⁹⁾ 田口守一他「座談会 排除法則の現状と展望」現代刑事法5巻11号4頁（2003年）16-17頁 [田口守一・笠井治発言]。佐藤・前掲注(1)論文も、警察官の主観的事情は排除相当性になじみやすいとする。

⁽¹⁰⁾ 丸橋昌太郎「令状主義における司法審査の意義—イギリス捜査法（逮捕・捜索）における令状主義の分析を通じて」東京都立大学法学会雑誌41巻1号89頁（2005年）、同「身体に関する処分の実体要件の意義—イギリスにおける停止権限及び逮捕権限の分析を通じて」信州大学法学論集10号41頁（2008年）。「令状要件を実体要件よりも強調するのは説得的ではない」（渥美・前掲注(1)論文26頁）との指摘は、このように令状主義構造を捉えれば当然のこととして理解できよう。

⁽¹¹⁾ 任意捜査も、実体要件が要求されており、事前の司法審査はないものの、排除法則において事後の司法審査を受けている。その意味では、任意捜査も、令状主義の規制に服しているといえる。

⁽¹²⁾ 従来から問題性が指摘されているいわゆる後知恵の問題も、令状主義システムに形骸化をもたらすものとして位置づけられる。後知恵問題については、渥美東洋『刑事訴訟法 [全訂]』（2006年）52頁以下参照。

依存している状況においては、捜査官の規範を醸成することが、同システムが機能する上で、何よりも重要となる⁽¹³⁾。ここに、排除法則において、捜査官の規範（主観的事実）が重視される理由がある。判例①の「令状主義の精神を没却する」とは、このように理解されるべきである。

本件では、捜査官が虚偽の報告書を作成し、あるいは公判廷において虚偽の証言をしたという事案である。前述のとおり、排除法則を令状主義の規律のシステムの一部だと考えると、事後的な司法審査において、捜査過程の事実を偽証することは、事前の令状請求において、虚偽の疎明資料を提出することと全く同じである。このようなことを許せば、同システムが崩壊することは明らかである。したがって、本件警察官らの行為は、令状主義を形骸化する重大な行為である。そうすると、本件が、本件のような警察官の態度を重視して、重大な違法と評価したことは妥当といえよう⁽¹⁴⁾。

なお、以上のような理解からは、捜査官の主観的事実の存在時は、必ずしも証拠収集手続に限られることはなく、当該証拠が排除法則において司法審査を受けるまでが対象ということになる⁽¹⁵⁾。

⁽¹³⁾ 渥美・前掲注(1)論文27頁は、規範説の立場から、本判決を「このような事情の下で、国民の自由という基本権を保障する公正な手続のルールを遵守するように、警察にルールの内面化を強く求めた」ものとして評価する。また、香川・前掲注(1)論文12-13頁は、本件のような隠蔽（事後正当化）行為は、「批判可能性」を奪うものであるとして、基本権侵害に匹敵する行為とする。前述の通り、憲法規範、とりわけ令状主義システムの維持は、捜査官の規範の維持が不可欠であるから、この評価は正当なものと思われる。他方、清水・前掲注(1)論文は、同じく規範説の立場から、警察官の捜査規範の欠如は、憲法33条違反を構成するものではないとする。しかし、このような脱法的態度を許せば、憲法33条の趣旨が没却され、憲法規範を維持できなくなるのではなからうか。

⁽¹⁴⁾ 同旨の見解として、池田・前掲注(1)論文。

⁽¹⁵⁾ 緑・前掲注(1)論文99頁は、「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」ことを示したものと評価する。捜査官の主観的事実の存在時に幅を持たせる点は本稿と同じであるが、本稿は、あくまで前述の令状主義システムの観点から捜査官の主観的事実を評価するものである。本稿は、判例⑥のような因果関係のない行為まで対象に含もうとするものではない。判例⑥のようなケースは、組織内規律に委ねるべきである。

IV 密接関連性と排除相当性

本判決は、尿鑑定書につき、上記違法と「密接な関連を有する証拠」として、排除相当性を肯定した。

判例②は、違法な任意同行と、その後にされたそれ自体適法な採尿手続について、「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、採尿手続は右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」として、採尿手続に任意同行の違法が帯びるとした。その後の判例③～⑤も、少なくとも直接利用の点は明示的に確認した上で違法の重大性を検討している。

学説では、同一目的・直接利用という要件は、違法性の「承継」の要件、すなわち、後行手続の違法性を判断する際に、先行手続の違法性を判断するための要件と説明される⁽¹⁶⁾。「同一目的」については、(a)不要とする見解⁽¹⁷⁾、(b)抽象的に犯罪捜査のためであれば足りるとする見解⁽¹⁸⁾、(c)必要要件とする見解⁽¹⁹⁾に分かれる。(a)と(b)は、先行手続が純粋な行政警察活動である場合において差が生じる。(c)は、排除の基準において、警察官の主観面を重要な要素としてとらえて、目的の同一性に独自の意味を見出すものである。本件逮捕は、窃盗被疑事実を目的とするものであり、採尿手続とは同一の目的とはいえないため、本判決が少なくとも(c)の見解に立つものではないことは明らかである。また、刑事手続において証拠として提出されている以上、獲得目的が行政目的かどうかを論ずる実益はない。そこで、翻って、両要件が果たしてきた機能を検討すると、両要件は、違法手続と証拠との因果関係の存否の判断に用いられてきた。因果関係の存否は、必ずしも、同一目的や直

⁽¹⁶⁾判例②をそのように読むものとして、田口守一「判批」判例評論335号226頁(1987年)、山田・前掲注(8)論文などがある。松浦繁「判解」最判判解昭和61年度65頁も、同様の説明をする。

⁽¹⁷⁾田口・前掲注(16)論文。

⁽¹⁸⁾松浦・前掲注(16)論文。

⁽¹⁹⁾山田・前掲注(8)論文。

接利用が無くても認められる場合が考えられるから、因果関係の存否を判断する一つの手段と考えるべきであろう⁽²⁰⁾。そうすると、因果関係の存否が確認できれば、両要件は、必ずしも必要ないといえよう。

もっとも、この因果関係の存否の判断を、違法の重大性判断に先行して行うことの必要性については、かねてから疑問が呈されてきた⁽²¹⁾。因果関係の問題は、毒樹の果実の問題として統一的に排除相当性で判断すれば足りるというのである。

確かに、重大な違法がある場合においては、存否に加えて、程度も判断しなければならない。ただ、注意が必要なのは、問題の事案が、捜査手続の違法性が重大ではなく、因果関係の程度を考慮するまでもなく、排除されないものであったという点である。つまり、問題の事例において因果関係は、排除法則を検討する上で前提となる「存在」だけを確認すれば足り、程度まで検討する必要性はなかったのである。同一目的・直接利用というのは、この存在を確認するために用いられているものであり、その意味では無駄なこととは思われない。むしろ、因果関係がない場合に、違法の重大性を検討したり、因果関係があるとしても、重大な違法がない場合に、因果関係の程度を検討したりすることの方が無駄な判断といえよう。判例⑥は、正に因果関係の存否の判断において証拠排除を否定したものであるが、このような場合に、違法の重大性を検討するまでもないことは明らかであろう。二重判断が不要との指摘は、重大な違法がある場合に、わざわざ「存否」から検討する必要があるのか、という限りにおいて、妥当性を有するものである。

そうすると、重大な違法が確認された本件は、因果関係の「程度」を判断する枠組みを最高裁としてはじめて示したものと見える。そして、本件は、

⁽²⁰⁾佐藤・前掲注(1)論文42頁，大谷直人「違法に収集した証拠」刑事訴訟法の争点 [第3版] 196頁，朝山・前掲注(1)論文。

⁽²¹⁾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』515頁(1998)515-520頁。また、同判決反対意見の鳥谷裁判官がこれに近い見解を示している。このような見解に対して、先行手続の違法性の反映が強くなり、証拠排除の範囲が拡大するという指摘がある(松浦・前掲注(16)論文，田口・前掲注(16)論文)。

因果関係の程度を排除相当性の問題として位置づけた上で、「同一目的」や「直接利用」によって因果関係の存否を判断することなく、存否と程度とあわせて「密接関連性」として判断した。その意味では、無駄な二重判断を避けたと評価できよう。

本件の特徴は、尿鑑定書を違法手続と密接に関連するとして証拠排除しながらも、尿鑑定書を疎明資料として得られた搜索令状と、窃盜被疑事実の搜索令状を併せて執行して発見された覚せい剤については、「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、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盜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」から、密接な関連がないとした点である。

まず、公判において証拠能力が否定される証拠（本件尿鑑定書）は、捜査段階における疎明資料としても用いることができないとの見解もあり得るところである⁽²²⁾。この見解からは、このような令状は、無効であり、この令状に基づいて得られた証拠も証拠能力が否定されるということになろう。

本判決は、このような証拠であっても令状請求の疎明資料になることを認めた上で、むしろ司法審査を受けたことを、違法性を希釈する要素として挙げた。疎明資料とできるとした点は、令状審査において捜査の適法性を判断することは、現実的には困難であり、当該令状により得られた証拠の証拠能力の問題として考えれば足りるので、妥当といえよう⁽²³⁾。

ただ、司法審査を経たこと自体は、その基礎となった違法事実まで審査をしていればともなく、そうでない本件においては違法性を希釈することにはならないであろう⁽²⁴⁾。司法審査を経たことは、先行手続の違法の重大性判

⁽²²⁾田宮裕編『刑事訴訟法 I』[田宮裕] (1975年) 223頁、渡辺修「判批」平成8年度重要判例解説183頁。

⁽²³⁾疎明資料とすることを認める見解として、河村・前掲注(1)論文、山田・前掲注(8)論文。

⁽²⁴⁾希釈に消極的な見解として、佐藤・前掲注(1)論文、長沼・前掲注(1)論文、高木・前掲注(1)論文12頁、池田・前掲注(1)論文215頁。

希釈を認める見解として、石井・前掲注(1)論文。なお、違法性が遮断されるとの見解として、河村・前掲注(1)論文がある。

断において重視された捜査官の主観的事情との関係で理解されるべきである。つまり、司法審査を受けるという手続遵守の姿勢が、先行手続を隠蔽しようとする捜査官の意図を遮断ないし希釈すると考えるのである⁽²⁵⁾。特に、捜査官の主観面を重く評価した本件では、その後の手続遵法は、違法の重大性を希釈するものとして評価できよう。

次に、本判決が窃盜被疑事実の適法な搜索令状と併せて執行されたことを挙げた点について、学説において米国の不可避的発見の法理、希釈法理、独立入手源の法理などに言及するものがみられる⁽²⁶⁾。しかし、違法収集証拠を原則排除しつつ、例外を多く設けるアメリカ合衆国の議論を参考にする際には、排除するか否かを総合的に検討して結論を出すわが国の枠組みに置き換えて考える必要がある。これらの米国における例外法理は、突き詰めていけばいずれも因果関係に関する法理である。したがって、わが国において、これらの法理は、因果関係の程度が遮断ないし希釈される類型として参考にされるべきである。本判決も、他の令状と併せて執行されたことを、先行する違法性との因果関係の程度を希釈し、あるいは、遮断するものとして取り上げたと評価するべきである⁽²⁷⁾。

ところで、本判決は、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書について、前述の違法手続との因果関係を認めた上で、「違法の重大性」において、先行

⁽²⁵⁾石井・前掲注(1)論文78頁が「令状主義の精神を没却するとの評価を薄めるもの」とする点は、このような趣旨なら妥当である。

⁽²⁶⁾多くの見解が米国法に言及する。宇藤・前掲注(1)論文、長沼・前掲注(1)論文35頁、椎橋・前掲注(1)論文、清水・前掲注(1)論文、香川・前掲注(1)論文、緑・前掲注(1)論文、小早川・前掲注(1)論文。朝山・前掲注(1)論文も、「本判決の立場は、……『不可避的発見の法理』を意識し、これを参考したとみる余地がある」とする。

⁽²⁷⁾これらの法理に当てはまらないとして本判例を批判するものとして、清水・前掲注(1)論文、小早川・前掲注(1)論文150頁。確かに、多数の論者が指摘するとおり、本件は、窃盜の搜索令状を同時に執行したものであるから、厳密には米国の不可避的発見の法理の事案ではない。また、我が国では、緊急差押えが認められていないので、仮に窃盜の搜索令状だけで発見したとしても、被告人が立ち会っていない本件ではその場で覚せい剤を押取できなかった可能性もあろう。しかし、我が国の因果関係の問題として置き換えて考えるとすれば、窃盜被疑事実の令状が現実には執行されていたことや証拠が獲得できない可能性があることが、因果関係を考える上で、決定的であるとも思われない。

する違法手続と直近の収集手続の因果関係の程度を判断した。これは、因果関係を違法の重大性において判断する枠組みを示したのではなく、排除相当性において考慮される証拠との因果関係の起点を、先行する違法手続ではなく、直近の収集手続に置いて判断したことによるものである。ここから、本判決においても違法性の承継に関する従来判例の立場が堅持されていることが読み取れよう。もっとも、証拠との因果関係の起点を直近の収集手続と考えると、先行する違法手続と直近の収集手続の因果関係の程度は、収集手続に帯びる違法性において判断されるので、本件判断は、因果関係の起点を違法手続に求めて、因果関係の程度を排除相当性で考慮する見解⁽²⁸⁾と実質的な差がないといえよう⁽²⁹⁾。

また、本件は、証拠の重要性を判断要素として挙げている。判決文からは、違法判断要素なのか、排除相当性要素なのかは、判然としないが、排除法則も、広い意味では利益考量に服するものであるから、事件の重大性や証拠の重要性が判断要素に入ることは当然である⁽³⁰⁾。証拠の重要性は、前述の令状主義システムに則して言えば、実体的な捜査の必要性を強める要素であるから、捜査の正当性を強めるものといえよう。

V 終わりに

以上、検討してきたとおり、本判決は、最高裁としてはじめて証拠排除を肯定したものであることから、排除を肯定する際の、判断要素や因果関係の枠組みを明らかにしたものである。特に、捜査官の主観的事情（規範）を考慮したことは、先例を踏襲したものであるが、これを決定的な要素として排除したことは、事例判断としての重要な意義を有するといえよう。

⁽²⁸⁾川出・前掲注(2)書。

⁽²⁹⁾ただ、因果関係の程度は、起点を違法手続としつつ、排除相当性において判断した方が明確である。

⁽³⁰⁾井上・前掲注(8)書405頁（司法の無瑕性から導かれるとする）、最判昭和58年7月12日刑集37巻号791頁〔伊藤正巳補足意見〕。