

---

種 別： 論説

タイトル： 違法収集証拠排除法則の回顧、現状と展望

著 者： 朝山 芳史

所 収： 『上智法学論集』第 68 卷 3-4 合併号（令和 7 年 3 月）1-59 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

論 説

---

違法収集証拠排除法則の回顧、現状と展望

朝山 芳史

---

- I はじめに
  - II 違法収集証拠排除法則の採用に至る経緯
    - 1 アメリカの判例法の影響
    - 2 我が国の判例
    - 3 相対的排除説の登場
    - 4 昭和 53 年判決の意義
  - III 違法収集証拠排除法則の定着
    - 1 最高裁判例の集積
    - 2 下級審裁判例の動向（平成 15 年判決まで）
  - IV 違法収集証拠排除法則の新たな展開
    - 1 平成 15 年判決の意義
    - 2 最高裁判例の動向（平成 15 年判決以降）
    - 3 下級審裁判例の動向（平成 15 年判決以降）
  - V 若干の考察
    - 1 昭和 53 年判決の意義の変化
    - 2 違法の重大性と排除相当性の要件
    - 3 排除法則の根拠
    - 4 相対的排除法則のもたらしたもの
    - 5 派生証拠の証拠能力
    - 6 令状審査の違法
    - 7 同意の効力、申立適格
    - 8 排除法則の再構築に向けて
  - VI 結び
- 別紙（判例一覧表）

## I はじめに

違法な捜査方法によって収集された証拠を犯罪事実立証のための証拠として用いることが許されるか、という違法収集証拠の証拠能力を巡る問題は、実体的真実主義と適正手続の要請がせめぎ合う場面として、古くて新しい問題である。この問題については、後にみるように、アメリカ合衆国において、判例の蓄積がある上、議論が活発に戦わされてきた歴史があり、これらの事情が我が国にも紹介されてきた。こうした中であって、最高裁は、最判昭和53・9・7刑集32巻6号1672頁(以下「昭和53年判決」という。)**【A4】**において、初めて違法収集証拠排除法則を採用し、証拠排除のための要件を定立した。この判例は、この問題に関するリーディングケースとなり、以後、我が国では、最高裁及び下級審において、同判決の示した基準を適用して違法収集証拠の証拠能力の有無を判断した事例が蓄積されている。昭和53年判決が出されてから半世紀近くが経過したが、この間、我が国では、排除法則の母法というべきアメリカの判例法とは異なる内容の判例法理が形成され、独自の発展を遂げて今日に至っている。特に、ここ数年の判例の傾向をみる限り、排除法則に関しては、本家であるアメリカよりも、むしろ我が国の方が、活況を呈しているといっても過言ではないであろう。

筆者は、かつて最判平成15・2・14刑集57巻2号121頁(以下「平成15年判決」という。)**【A12】**の判例解説<sup>(1)</sup>において、昭和53年判決以降の最高裁判例の動向を概観したことがあるが、本稿は、現時点において、エポック・メイキングな昭和53年判決及び平成15年判決のもつ意味、それぞれの下級審裁判例への影響を探るとともに、違法収集証拠排除法則を巡る判例の動向を概観し、新たに生じつつある問題等を含めて、将来についても若干の展望を試みるものである。なお、下級審裁判例については、違法収集証拠の証拠能力の問題が法律判断であることに鑑み、検討の対象を専ら最高裁判例に限ることとした。

---

(1) 最判解刑事篇平成15年度(2006年)30頁以下。

## Ⅱ 違法収集証拠排除法則の採用に至る経緯

### 1 アメリカの判例法の影響

#### (1) 合衆国連邦最高裁の判例の動向<sup>(2)</sup>

アメリカ合衆国の連邦最高裁は、1914年のウィークス事件（Weeks v. United States）において、合衆国憲法修正4条に違背して獲得された証拠の証拠能力を否定し、初めて明示的に排除法則を適用したが<sup>(3)</sup>、その後、1961年のマップ事件（Mapp v. Ohio）において、州法事件にも全面的に排除法則を適用するに至った。これらの判決においては、排除法則の根拠として、合衆国憲法修正4条等から導かれる適正手続の保障と並んで、捜査官による違法捜査に対する抑止効、司法の無瑕性の要請が挙げられていた。排除法則は、1960年代にウォーレン・コートの下で高揚期を迎えたが、排除法則に対しては、当初から、違法捜査の抑止効を疑問視する見解や、排除法則によって犯人が無罪放免となることに対する批判が有力に主張されていた<sup>(4)</sup>。連邦最高裁がバーガー・コートへと替わった1970年代以降、排除法則は、大陪審手続における適用が否定されたり、派生証拠に関する「不可避的発見の例外」の法理が採用されたり、「善意の例外」の法理が採用されたりするなどして後退を重ね、適用範囲が狭められていった<sup>(5)</sup>。

このように、アメリカ合衆国では、排除法則は、短い高揚期が過ぎ去ると「風雪の時代」を迎え、一時はその存続を危ぶむ見解もあったが<sup>(6)</sup>、批判に曝されつつ、様々な例外法理等によって適用範囲を狭められながらも、現在

---

(2) この項に関する記述は、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985年）61頁以下による。

(3) 井上（正）・前掲注（2）64頁。

(4) 井上（正）・前掲注（2）70頁以下。

(5) 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、1996年）398頁、

(6) 田宮・前掲注（5）398頁。

まで存続している<sup>(7)</sup>。

## (2) 我が国の学説による受容

以上の排除法則に関するアメリカの判例法の動向は、我が国でも早くから紹介されてきたが、やがて学説にも浸透し<sup>(8)</sup>、1960年代には排除法則適用説が通説的地位を占めるに至った<sup>(9)</sup>。なお、この当時の学説は、アメリカの判例法がそうであったように、違法収集証拠の証拠能力を原則として否定する絶対的排除の考え方に立つものがほとんどであったと思われる<sup>(10)</sup>。

## 2 我が国の判例

### (1) 最高裁の伝統的解釈

我が国の最高裁は、違法収集証拠の証拠能力について、伝統的に肯定説の立場をとっていたと理解されている。その代表例として挙げられるのが、最判昭和24・12・13裁判集刑事15号349頁【A1】である。本判決は、旧法適用事件に関するものであるが、一般論として、証拠収集手続の違法は証拠物の証拠能力に影響しないと判示した。もっとも、当該事案において証拠能力が争われた匕首は、適法に押収されたものと認定されているので、上記判示は傍論に属するというべきであり、厳密には判例としての効力が乏しいと解される<sup>(11)</sup>。

また、最大判昭和36・6・7刑集15巻6号915頁(以下「昭和36年判決」という。)【A2】は、排除法則との関連で言及されることが多い判例であるが、証拠収集手続を違法としてこれにより獲得された証拠の証拠能力を否定

---

(7) 2004年までのアメリカにおける排除法則の判例の動向を紹介するものとして、小早川義則『毒樹の果実論』(成文堂、2010年)参照。

(8) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)239頁。

(9) 井上(正)・前掲注(2)29頁。

(10) 平野・前掲注(8)239頁等。

(11) 岡次郎・最判解刑事篇昭和53年度(1981年)398頁は、本判決が証拠収集手続に重大な違法がある場合にまで一切証拠排除を認めない趣旨ではないと解されることから、昭和53年判決において判例変更の手続が採られなかったとする。

した原判決（後掲大阪高判昭和31・6・19【B1】）を破棄し、証拠収集手続を適法としたものの、被告人及び弁護人が同意していることを挙げて、証拠収集手続の適法違法にかかわらず、当該証拠は証拠能力を有すると判示した。本判決には、当該証拠は違法収集証拠であるが、被告人らの同意があるので証拠能力が認められるとする4名の裁判官の意見、当該証拠は違法収集証拠として証拠能力を否定すべきであるとする2名の裁判官の反対意見がそれぞれ付せられている。昭和36年判決の法廷意見が、傍論でありながら、あえて当該証拠の証拠能力に言及したのは、下級審で違法収集証拠排除の動きが高まりつつあった中で、上記の意見や反対意見で提起された問題点を無視することができなかつたことによるものと推測される<sup>(12)</sup>。

もっとも、昭和36年判決が、警察官らが被告人の帰宅を待つことなく、被告人を緊急逮捕する前に無令状で被告人方の捜索・差押えを行ったことを、緊急逮捕手続に伴う捜索・差押えとして適法としたことについては、逮捕に伴う捜索・差押えに関するいわゆる相当説の立場に立つとしても、疑問がないとはいえない。現在の視点からみれば、当該事案では、捜索・差押手続に違法があったとした上、排除法則を適用して、差し押さえられた物等の証拠能力は否定されないと解することが可能であったと思われる。しかし、相対的排除の考え方が一般的でなかつた当時は、証拠収集手続が違法であると判断すると、証拠排除の結論に至ることへの警戒感から、このような証拠収集手続も適法であると判示したのではないかと推測される。こうした傾向は、昭和53年判決が現れる直前の最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁（米子銀行強盗事件）【A3】にもうかがうことができる。すなわち、本判決は、警察官がボーリングバッグを開披し一瞥した点については、所持人の承諾がなくても職務質問に伴う所持品検査として適法であるとしたが、アタッシュケースをドライバーでこじ開けた点については、昭和36年判決を引用して、ボーリングバッグの開披により緊急逮捕の要件が備わっており、緊急逮捕手続に先行して逮捕の現場で時間的に接着してされた捜索手続と同視し得るとして、アタッシュケース及びその在中品の帯封を証拠排除すべきでな

---

(12) 井上（正）・前掲注（2）34頁。

いと判示した<sup>(13)</sup>。この事案は、昭和 36 年判決の事案と比較すると、緊急逮捕との接着性が強いといえるから、アタッシュケースのこじ開けを適法とみる余地はあったと考えられるものの、現在の視点からみれば、アタッシュケースのこじ開けは搜索に当たり、違法であると評価した上、排除法則を適用して、差し押さえられた物等の証拠能力を肯定することも可能であって、このように判断した方が、無理がないように思われる。

これらの判例にみられるように、令状主義の規定に違反する搜索・差押えを適法と判示することは、捜査機関に対し、このような証拠収集手続が適法であるというお墨付きを与え、誤ったメッセージを発することになるので、違法捜査抑制の見地からは疑問が残るといふべきである。

## (2) 下級審裁判例における違法収集証拠排除説の高まり

前述のとおり、我が国の学説において排除法則適用説が通説的地位を占めるに至ったことを受けて、下級審裁判例の中には、違法収集証拠の証拠能力を否定するものが現れるようになった。その嚆矢となったのが、大阪高判昭和 31・6・19 高刑裁特 3 卷 12 号 631 頁 (昭和 36 年判決の原判決) 【B1】であるが、その後も、高裁判例としては、仙台高判昭和 47・1・25 刑月 4 卷 1 号 14 頁 【B3】等があり、地裁段階の裁判例は相当数に上っている<sup>(14)</sup>。これらの裁判例においては、憲法 31 条の適正手続の保障を根拠に挙げるものが多くみられるのが特徴的である<sup>(15)</sup>。その中であって、東京高判昭和 41・5・10 高刑集 19 卷 3 号 356 頁 【B2】は、「証拠収集手続の違法が右の憲法およびこれを承けた刑事訴訟法上の規定の精神を没却するに至るような重大なものであるならば、その証拠の証拠能力を否定すべきものと解されるが、その

---

(13) 本判決の説示は、アタッシュケースの搜索の適法を前提とする趣旨であると解されるが、原判決は、アタッシュケースの搜索には問題があるとしながら、昭和 36 年判決を引用しつつ、証拠能力を肯定しているので、排除法則を適用した上で証拠排除しなかったとみる余地がないとはいえない。

(14) 東京地決昭和 41・1・13 判時 441 号 62 頁、横浜地判昭和 43・12・12 下刑集 10 卷 12 号 1207 頁、横浜地判昭和 45・6・22 刑月 2 卷 6 号 685 頁、仙台地判昭和 48・4・2 刑月 5 卷 4 号 501 頁等。

(15) 井上 (正)・前掲注 (2) 40 頁。

違法が右の程度に至らない瑕疵に止まる場合においてはその証拠の証拠能力には影響がないものと解するのが相当である」と相対的排除説に立つとみられる一般論を判示した上、当該事案について、猟銃の差押手続には違法があるものの、上記のような重大なものではないとして、その証拠能力を肯定しており、注目に値する。本判決は、昭和 53 年判決の判示を先取りするものといえよう。

### 3 相対的排除説の登場

このような判例・学説の状況の下で登場したのが、井上正仁教授による違法収集証拠の証拠能力に関する本格的な研究論文である<sup>(16)</sup>。同論文は、利益衡量による相対的排除の考え方を打ち出した点に特徴があり、アメリカ法律協会（ALI）の模範捜査手続法典の立法提案等に示唆を受けたものと推測される。この見解は、違法捜査に対する制裁として、刑事罰、国家賠償、懲戒等の手段が必ずしも効果的でないことから、排除法則を採用すべきであるとする一方、アメリカにおいて、排除法則が批判を受けて後退を余儀なくされている状況等を踏まえ、手続違反の程度、それがなされた状況、その有意性・頻発性、当該証拠獲得との因果性の程度、証拠の重要性、事件の重大性等を総合考慮して証拠排除の適否を判断すべきであるという、相対的排除説の立場を提唱したものである<sup>(17)</sup>。この見解は、当時ほとんど知られていなかった相対的排除の考え方を紹介したものであり、昭和 53 年判決に大きな影響を与えたと考えられる。

### 4 昭和 53 年判決の意義

(1) 冒頭でも触れたように、最高裁は、昭和 53 年判決において、初めて違法収集証拠排除法則を採用し、これが現在に至るまで確定判例となっている。この判例については、既に判例解説を始め数多くの研究や評釈等が公刊されているので、その詳細な検討や分析については、先行の研究や評釈等に

---

(16) 井上（正）・前掲注（2）。その初出は、昭和 51 年から昭和 54 年にかけて、法学協会雑誌に連載された論考である。

(17) 井上（正）・前掲注（2）403 頁以下。

委ねることとし、ここでは、筆者の現在の所感を記すにとどめたい。

(2) まず、本判決が現れた時期が、アメリカの判例上、排除法則の高揚期を過ぎて、これを制限する流れが定着した時期であったことに注目すべきであろう。すなわち、アメリカにおいて、排除法則が強い批判に曝されて修正・後退を余儀なくされた状況を踏まえて、我が国の最高裁は、これを導入する方向に舵を切ったことになる。また、当時の我が国においては、排除法則が高揚期を迎えた当時のアメリカとは異なり、警察による違法な証拠収集活動が蔓延して、社会的にこれを抑制する必要性が高まっていたという状況は認め難いと思われる<sup>(18)</sup>。したがって、最高裁が排除法則の導入に踏み切ったのは、違法捜査を抑制するために排除法則を従憑しようという趣旨に出たものではなく、むしろ、下級審において排除法則を適用して証拠排除の判断をする裁判例が増加していた状況を前にして、証拠排除を抑制する方向に下級審をコントロールする趣旨に出たものと推測することができる。うがった見方をすれば、最高裁は、相対的排除説に立つ井上説という理論的バックボーンが得られたことにより、排除法則の採用に踏み切れたのではないかとも考えられる。

(3) 本判決は、排除法則を憲法31条、35条から直ちに導かれるものではなく、刑事法上の解釈問題であると位置付けた。この点は、憲法38条2項が強制、拷問若しくは脅迫等による自白の証拠能力を否定しているのとは異なり、35条が住居、書類及び所持品について、逮捕の場合を除いては、令状によらなければ捜索及び押収をされない権利を保障するにとどまり、これに違反した場合の効果を規定していないという文理上の理由に加えて、自白の場合は、それが違法、不当な手段によって獲得されると、その内容が変容する可能性があるのに対し、証拠物の場合は、違法な手段によって獲得されても、その内容が変わることがないという性質にも由来すると考えられる。このように、本判決が、排除法則の適用が憲法に基づくものではなく、刑事

---

(18) 井上(正)・前掲注(2)396頁以下。当時は、むしろ、捜査官による身柄拘束中の被疑者に対する取調べの適否が重大な問題として関心を集めており、実務上も、これをいかに適正化し、自白の任意性・信用性に関する判断を適正に行うかが重要な課題であったと思われる。

法の解釈問題であると位置づけたことは、その適用の誤りが憲法違反として上告理由（刑訴法 405 条 1 号）にならないことを明らかにしたという点においても、上告審における実務上の意義があると思われる。

しかしながら、排除法則が憲法 31 条、35 条を直接の根拠とするものではないとしても、適正手続の保障の考え方が排除法則の背景にあることは否定できないのであって<sup>(19)</sup>、本判決も、証拠排除の要件を設定するに当たり、憲法 31 条、35 条の要請を挙げている。

(4) 本判決は、証拠排除の要件として、①令状主義の精神を没却するような重大な違法があること（違法の重大性）と、②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（排除相当性）を掲げた。前者は、排除法則の根拠としての司法の無瑕性に、後者は、違法捜査に対する抑止効に、それぞれ対応するものと考えられる。

この両者の関係については、どちらか一方を満たせばよいという並列的要件と解する見解もあるが、本判決の文言を読む限り、両方とも満たす必要があるという重畳的要件と解するのが自然であり、本判決も、具体的事案への適用の場面で、そのように取り扱っている。この 2 つの要件の中では、①の要件が先決問題として判断されるべきであって、①の要件が肯定されれば、通常、②の要件も満たされると解される。その後の下級審裁判例も、後にみるとおり、ほぼ例外なくこのような立場を採っている。このため、①の要件を満たしながら、②の要件を満たさない場合というのは、捜査機関としては思いがけず重大な違法を犯したが、再現性の低い「たまさかの違法」のような場合がこれに当たるという見解が唱えられている<sup>(20)</sup>。もっとも、①の要件を満たしながら、②の要件を満たさないことを理由として、証拠能力が認められた事例は、これまでのところ、最高裁、下級審を通じて、寡聞にして見当たらない<sup>(21)</sup>。

(19) 大澤裕＝杉田宗久「対話で学ぶ刑訴法判例（12）—違法収集証拠の排除」法教 328 号（2008 年）69 頁（大澤発言）。

(20) 石井一正『実務刑事証拠法』（判例タイムズ社、第 5 版、2011 年）125 頁。

(21) 後掲東京高判令和 2・11・12【B42】は、①の要件を満たすか否かの判断を留保したまま②の要件を満たさないとして、証拠排除を否定したが、後述のとおり、上告審（後掲

(5) 本判決が、①の要件について、単なる「重大な違法」ではなく、「令状主義の精神を没却するような」という修飾語を付しているのは、単に「重大な違法」といっただけでは、軽微な違法を除くという程度の意味しかもたないので、それよりは一段と違法の程度が高いものを想定していたと考えられるが<sup>(22)</sup>、それが、極限的な場合に限られるという趣旨を意味するものではないというべきである<sup>(23)</sup>。このことは、その後の平成15年判決や下級審裁判例が示すところである。

(6) 本判決が①の要件によって証拠排除される場合を制限したことにより、証拠収集手続は違法であるが、獲得された証拠の証拠能力は否定されないという、一種のグレイゾーンというべき領域が出現することとなった。このような捜査方法のグレイゾーンを設けることに対しては、排除法則の採用に否定的な立場から、捜査官にいたずらに困難な判断を強いることとなつて、捜査を混乱させるなどという批判が寄せられる一方<sup>(24)</sup>、違法収集証拠の絶対的排除を認めるべきであるとする立場からは、捜査機関に対する違法捜査の抑止効が期待できないという批判が寄せられた<sup>(25)</sup>。これらの批判に対しては、証拠排除に至らなくても、捜査方法を違法と宣言することは、証拠排除の場合ほどのインパクトをもたないにせよ、検察庁による指導や警察部内での研修等を通じて、捜査実務に対して徹底が図られることにより、一定の抑止効が期待できるという反論が考えられる<sup>(26)</sup>。また、捜査機関とす

---

最判令和3・7・30【A15】によって破棄された。

(22) 岡・前掲注(11)289頁。

(23) 田宮裕「刑事訴訟法判例に関する一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第4巻(有斐閣、1985年)103頁は、証拠排除が極限的な場合に限られるという趣旨に理解すべきでないとする一方、本判決が、公訴権の濫用に関する最決昭和55・12・17刑集34巻7号672頁(チッソ水俣病事件)や、被告人の迅速な裁判を受ける権利に関する最大判昭和47・12・20刑集26巻10号631頁(高田事件)と同様のアプローチによるものと指摘する。

(24) 河上和雄「違法収集証拠に証拠能力ありとした最高裁判例について」ひろば3巻12号(1978年)60頁。

(25) 渥美東洋「所持品検査の基準と違法収集証拠の『排除法則』の適用の基準について(下)」判タ375号(1979年)27頁、31頁、光藤景皎「判批」判評251号(1980年)45頁。

(26) 田宮裕ほか・研究会「捜査の適正と裁判所」ジュリ679号(1978年)30頁(本江発

れば、裁判所によって特定の捜査方法が違法と判断された以上、結果的に証拠排除されなかったからといって、違法を承知で行っても許されると理解すべきではなく、これを止めるべきであって、証拠排除されるか否かは、公判段階における裁判所の判断に委ねられる問題であると理解すべきである。逆に、このようなグレイゾーンの捜査方法を適法と宣言してしまうと、このような捜査方法を追認することとなり、捜査機関に対して手続法規を遵守することへのインセンティブを失わせ、誤ったメッセージを発することになるので、却って好ましくない結果をもたらすといえよう<sup>(27)</sup>。

(7) 他方、本判決が①の要件を設定したことは、下級審にとって、違法宣言のハードルを下げる効果をもたらしたと考えられる。すなわち、絶対的排除の考え方を前提とすると、証拠収集手続を違法と宣言することが即証拠排除につながるので、捜査方法に関する違法性の審査を必要以上に慎重にさせ、結果的に捜査方法に対する違法宣言をためらわせることとなりかねない<sup>(28)</sup>。これに対し、相対的排除の考え方下では、違法宣言が即証拠排除とはならないので、裁判所が違法宣言を出すことに対する抵抗感が少なくなり、結果的に、そのハードルを下げる効果をもたらすと考えられる<sup>(29)</sup>。後にみるように、本判決以降の下級審裁判例においては、相対的排除の立場を前提に、証拠排除には至らないが証拠収集手続が違法であると宣言するものが著しく増加している。

(8) 本判決は、排除法則の本件への具体的適用において、捜査官に「令状主義の諸規定を潜脱する意図」がなかったことを、①の要件の考慮要素の一つに挙げている。すなわち、本判決は、違法の重大性を判断するに当たり、

---

言)、31頁(人見発言)。大澤=杉田・前掲注(19)70頁(杉田発言)。

(27) 自白の証拠能力が問題となった事例ではあるが、4泊5日の宿泊を伴う取調べを、妥当なものとはいえないとしながら、適法であったとした最決昭和59・2・29刑集38巻3号479頁(高輪グリーンマンション事件)【A6】は、捜査機関にとって甚だ分かりにくい判断であり、メッセージとして正しく伝わったか疑問があるといえよう。

(28) 井上(正)・前掲注(2)420頁。

(29) 松尾浩也『刑事訴訟法下』(弘文堂、新版、1993年)119頁は、違法だという指摘を容易にし、捜査に対する厳格な指針を出しやすくする点を、相対的排除の考え方の長所であるとする。酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、第3版、2024年)546頁も同旨。

法規からの逸脱の程度等の客観的要素だけでなく、副次的要素としてではあるが、捜査官の主観的意図を考慮し得ることを認めている。このことは、「令状主義の精神を没却するような」という文言に内在しているといつてよいであろう。本判決は、違法の重大性を否定する要素として捜査官の主観的意図を挙げたが、逆に、これを違法の重大性を肯定する要素として考慮したのが、平成15年判決である。捜査官の主観的意図については、②の排除相当性の要件の考慮要素とする考え方もあり得るが、本判決は、それを①の要件の考慮要素としていると解される<sup>(30)</sup>。

### Ⅲ 違法収集証拠排除法則の定着

#### 1 最高裁判例の集積

(1) 昭和53年判決が出されて以降、平成15年判決に至るまで、最高裁における排除法則の適用事例としては、最判昭和61・4・25刑集40巻3号215頁(以下「昭和61年判決」という。)**【A7】**、最決昭和63・9・16刑集42巻7号1051頁(以下「昭和63年決定」という。)**【A8】**、最決平成6・9・16刑集48巻6号420頁**【A9】**、最決平成7・5・30刑集49巻5号703頁**【A10】**、最決平成8・10・29刑集50巻9号683頁**【A11】**の5件の判例が公にされている。これらの判例は、すべて証拠収集手続の違法を認めたものの、その程度は重大でないとした上、排除相当性も認められないとして、証拠能力を肯定したものである。このように、昭和53年判決以降、証拠収集手続の違法判断のハードルは下がったものの、最高裁において証拠排除に至る事例がなかったという意味で、証拠排除に慎重な同判決の影響が及んでい

---

(30) 大澤=杉田・前掲注(19)75頁(杉田発言)は、この問題を刑法の違法性論と関連付けて、判例・実務は、結果無価値だけでなく行為無価値も考慮して違法性を判断しているので、①の要件の要素として捜査官の主観的意図を考慮し得ると述べている。しかし、ここでいう捜査官の主観的意図とは、個々の捜査官の意思というよりは、組織としての警察の捜査方針に基づく場合が少なくないから、刑法における行為無価値と関連付けるのは適当でないと思われる。

ると考えられる。中でも、昭和 61 年判決は、警察官らが被告人の承諾なく被告人方に立ち入り、警察官らを金融屋と誤解した被告人を警察車両に乗せて警察署に任意同行したという事例に関するものであって、プライバシー侵害の程度が相当重大な事案であったといえる。この事案について、原判決（大阪高判昭和 60・2・27 判タ 555 号 339 頁【B8】）は、排除法則を適用して、被告人の尿の鑑定書を証拠排除したのに対し、昭和 61 年判決は、検察官の上告を容れて、本件採尿手続の違法性を認めながら、被疑者に対し警察署に留まることを強要するような警察官の言動はなく、尿の提出自体は何らの強制も加えられることなく、任意の承諾に基づいて行われていることなどを挙げて、違法の重大性を否定し、上記鑑定書の証拠能力を認めた。本判決は、最高裁が排除法則の要件としての違法の重大性について、相当高いものを要求していると印象付ける結果となった<sup>(31)</sup>。

(2) 前記の各判例によって、昭和 53 年判決が打ち出した排除法則は次第に肉付けされていったが、その中において、理論的に重要性を有するのが、昭和 61 年判決と昭和 63 年決定である。すなわち、前者は、先行手続の違法が後行手続に承継されるための要件について判示したものであり、後者は、違法性の承継論に加えて、証拠収集手続の違法が捜査官による法執行の選択の誤りにすぎないなどとして、違法の重大性を否定したものである。

このうち、前者は、後行手続が違法な先行手続と同一の目的に向けられ、先行手続によりもたらされた状態を直接利用した場合には、先行手続の違法性を承継するとしたものであり、同様の判断は、前掲最決平成 7・5・30【A10】等にもみられる。これらの判例が違法性承継の要件として掲げた「同一目的」、「直接利用」の要件は、それほど厳格なものと解する必要はないとされており<sup>(32)</sup>、もともと、いずれも関連性が弱い場合を除くという程度の機能を有するにとどまるとされている<sup>(33)</sup>。また、先行手続にのみ違法

(31) 昭和 61 年判決には、上記鑑定書の証拠能力を否定した原判決を支持すべきであるという、2 名の裁判官の反対意見が付されており、相当際どい結論であったことがうかがえる。

(32) 松浦繁・最判解刑事篇昭和 61 年度（1989 年）74 頁。

(33) 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

があり、後行手続に違法がないという場合には、結局、先行手続が昭和53年判決にいう「違法の重大性」を備えているかどうか(前記①の要件の該当性)を判断することになるが、この段階で「違法の重大性」の要件を満たしていない場合に、それが後行手続に承継されるか否かを論じることに対する疑問も提起されている<sup>(34)</sup>。

他方、法執行の選択の誤り論は、昭和63年決定において、被告人が覚醒剤の紙包みを落とした時点で現行犯逮捕ないし緊急逮捕が可能であったから、警察官が法の執行方法の選択ないし捜査の手順を誤ったにすぎず、法規からの逸脱の程度が実質的に大きくないとして、他の理由と併せて、「違法の重大性」が満たされない理由に挙げられている。このような判断方法は、それ以前の下級審裁判例にも見られたものであるが<sup>(35)</sup>、アメリカの判例における「善意の例外」の法理を想起させるものである。この点については、捜査官として、緊急性のある状況の下で、とっさの判断を誤ったことにやむを得ない事情がある場合はともかく、違法な捜査方法を採用したことに故意又は重大な過失がある場合には、このような要素を重視して「違法の重大性」を否定するのは妥当でないと思われる。また、このような判断が繰り返されると、捜査官に手続法規を遵守することへのインセンティブを低下させることにもなりかねない。したがって、法執行の選択の誤り論は、「違法の重大性」の考慮要素となり得るが、これを重視することが相当でない場合もあるというべきである。

(3) このほか、最判昭和58・7・12刑集37巻6号791頁(以下「昭和58年判決」という。)【A5】において、伊藤裁判官は、違法な別件逮捕中の自白から派生した証拠の証拠能力について、毒樹の果実論を念頭に置いて、一律に証拠排除すべきではなく、第1次証拠の収集方法の違法の程度、収集された第2次証拠の重要さの程度、第1次証拠と第2次証拠との関連性の程度等

---

集] 下巻(有斐閣、1998年)518頁。

(34) 大澤=杉田・前掲注(19)77頁(杉田発言)。

(35) 原田國男・最判解刑事事篇昭和63年度(1991年)342頁。なお、広島高岡山支判昭和56・8・7判タ454号168頁、札幌高判昭和57・10・28高刑速昭和57年615頁、大阪高判昭和61・5・30判タ621号229頁等参照。

を総合的に判断すべきであるとの補足意見を述べた。この判例は、別件逮捕や違法に獲得された自白の証拠能力に関するものであるが、上記補足意見は、派生証拠の証拠能力に関して、平成 15 年判決の判示を先取りするものとして注目される。

## 2 下級審裁判例の動向（平成 15 年判決まで）<sup>(36)</sup>

(1) 昭和 53 年判決が現れた後、下級審裁判例には、その影響を受けて、相対的排除の立場を採用し、証拠収集手続の違法性を幅広く認める一方、違法の重大性を否定して、違法収集証拠の証拠能力を肯定するものが多くみられる。

例えば、東京高判昭和 54・8・14 東高時報刑事 30 卷 8 号 110 頁【B4】は、被告人を覆面パトカーに乗せて任意同行した手続が実質的には逮捕行為に当たり違法であるとしたが、緊急逮捕の要件が備わっていたことなどから、違法の重大性を否定し、勾留中に作成された被告人の供述調書の証拠能力を肯定した。この判決は、昭和 63 年決定の法執行の選択の誤り論を先取りするものといえる。

(2) 他方、下級審裁判例の中には、昭和 53 年判決の影響を受けて、証拠収集手続における手続法規からの逸脱の程度と並んで、捜査官に「令状主義の諸規定を潜脱する意図」がなかったことを、違法の重大性を否定する理由として挙げるものも少なくない。

例えば、東京高判昭和 56・9・29 判タ 455 号 155 頁【B6】は、警察官が、被告人の握りしめていた煙草の箱を取り上げた行為が、所持品検査として許容される限度を超え行き過ぎがあつたとしたものの、プライバシー侵害のおそれが乏しかったことや、有形力の行使が所持品検査に必要な限度を著しく逸脱していなかったことなどと並んで、警察官に令状主義を潜脱する意図がなかったことを挙げて、違法の重大性を否定するとともに、排除相当性を否定して、押収された覚醒剤の証拠能力を肯定し、その証拠能力を否定した原

---

(36) 石井・前掲注(20) 130 頁以下は、主としてこの時期の下級審裁判例を概観し、分析している。なお、高木俊夫＝大淵敏和『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—』(司法研究報告書 39 輯 1 号)(法曹会、1988 年) 21 頁以下も参照。

判決を破棄した<sup>(37)</sup>。

また、福岡高判平成5・3・8判タ834号275頁【B12】は、職務質問開始後、質問を継続する必要から被告人以外の者の住居に移動し、その居住者の承諾を得て住居内を捜索して覚醒剤を発見し、その後、被告人を覚醒剤所持の現行犯人として逮捕した事案について、捜索が居住者の完全な自由意思による承諾によるものとは認められず、かつ、被告人の現行犯逮捕に基づく捜索とみることもできないから、違法であるとしたものの、捜索が一応住居主の承諾を得た上で実施されていること、警察官らが住居主から承諾を得るに当たって有形力を行使したり、脅迫的な言動に及んだりしていないことに加え、警察官らに令状主義に関する諸規定を潜脱する意図がなかったとして、違法の重大性及び排除相当性を否定し、押収された覚醒剤等の証拠能力を肯定した。

このほかにも、大阪高判昭和61・5・30判タ621号229頁【B9】(被告人の着用するズボンのポケットに手を差し入れて在中品を取り出した行為が、所持品検査として許容される限度を逸脱し違法であるとされた事例)、大阪高判平成5・12・21判タ843号293頁【B13】(税関職員が女性である被告人を全裸にして行った関税法上の身辺開示検査が、任意処分として許容される限界を超え違法であるとされた事例)、広島高松江支判平成6・4・18判タ858号283頁【B14】(被告人を警察署に約4時間留め置いたことが違法であるとされた事例)、広島高判平成8・4・16判時1587号151頁【B18】(被告人を約8時間にわたり警察署に留め置いて、所持するセカンドバッグの開披を求めるなどした行為が違法であるとされた事例)等にも、同様に、法規からの逸脱の程度等と並んで、捜査官の主観的意図に言及する説示がみられる。

これらの高裁判例においては、「令状主義の諸規定を潜脱する意図がなかった」という、捜査官の主観的意図に関する説示は、手続法規からの逸脱の程度等の客観的側面に関する判断がされた後で、これに付加してされるにとどまっている。また、これらの高裁判例をみる限り、手続法規からの逸脱の

---

(37) 本判決は、原審弁護人が本件覚醒剤の鑑定書に同意していることから、その証拠能力を肯定すべきであり、その証拠能力を否定した原判決の判断には訴訟手続の法令違反があるとも判示している。

程度が重大であるとされながら、捜査官に「令状主義の諸規定を潜脱する意図がなかった」ことを理由として、違法の重大性が否定されたものは見当たらない。

(3) これに対し、昭和 53 年判決の基準を適用した上で証拠能力を否定する裁判例も、比較的早い時期から現れている。このような証拠排除の類型としては、主として手続法規からの逸脱の程度が甚だしいことを理由として、違法の重大性と排除相当性を肯定し、収集された証拠の証拠能力を否定したものが挙げられる：

大阪高判昭和 56・1・23 判時 998 号 126 頁【B5】は、警察官が、窃盗の嫌疑で職務質問を行っていた被告人に対し、いきなりその着衣のポケットの中に手を突っ込んで、その内容物を取り出したところ、覚醒剤様の粉末を発見したので、被告人を覚醒剤所持の現行犯人として逮捕するとともに、この覚醒剤を差し押えたという事案について、警察官の行為が捜索に当たる違法なものであって、警察官が職務質問に付随する所持品検査として行き過ぎであることを認識していたことなどから、令状主義の精神を没却するような重大な違法があったとした上、排除相当性も肯定して、その証拠能力を否定し、これを肯定した原判決には、訴訟手続の法令違反があったとした<sup>(38)</sup>。

また、大阪高判平成 4・1・30 高刑集 45 卷 1 号 1 頁【B11】は、警察官が実力を行使して被告人をその意思に反して警察署に同行した上、所持品を提出させ腕まくりをさせて、注射器や注射痕を発見し、捜索差押許可状請求の準備等をする間、被告人が退去しようとするのを実力で阻止し、その後発付された捜索差押許可状を示して、被告人に尿を提出させ、これを押収したという事案について、強制的な連行及び採尿手続には重大な違法があったとした上、排除相当性も肯定して、尿の鑑定書、捜索差押調書等の証拠能力を否定した。さらに、本判決は、上記鑑定書等の証拠に基づいて発付された逮捕状により被告人を逮捕した後、警察官が被告人を警察署に引致した後に被告人から発見・押収された覚醒剤及び被告人から新たに任意提出を受けた尿に関

---

(38) 本判決は、当該覚醒剤の差押調書や鑑定書等については、被告人及び弁護人が同意していることを挙げて、その証拠能力を肯定し、結局、原審の法令違反は、判決に影響を及ぼさないとした。

する鑑定書等については、第1次証拠の証拠収集の違法の程度、第2次証拠入手との関連性、第2次証拠の重要性、事件の重大性、捜査機関の意図等を総合的に判断して決すべきであると判示した上、逮捕状の被疑事実の嫌疑は十分で、発付につき司法判断を経由していること、逮捕の時点で覚せい剤が発見され、被告人の新たな覚せい剤の使用が発覚したのは全くの偶然であって、逮捕状執行とは別に職務質問を行うことによっても発覚した可能性があったことなどを指摘して、その証拠能力を認めた。その上で、採尿手続に違法があるとしながら、各証拠の証拠能力をいずれも肯定した原判決を破棄した。このうち、派生証拠の証拠能力に関する説示は、昭和58年判決の伊藤裁判官の補足意見の影響をうかがわせるものであると同時に、平成15年判決の判示を先取りするものといえる。

同様の説示をして証拠排除した事例としては、札幌高判昭和57・12・16判時1104号152頁【B7】(警察官らが深夜、被告人の承諾によらずに逮捕と同視し得る物理的強制力を加えて被告人をパトカーに乗せて警察庁舎まで連行した上、尿を任意提出させた手続に、重大な違法があるとされた事例)、仙台高判平成6・7・21判タ887号281頁【B15】(任意同行、これに引き続く留め置きや取調べを拒否する被告人に対し、警察官が令状に基づかず身柄を拘束した上、弁護人依頼権の行使を阻害したことが重大な違法に当たるとされた事例)や福岡高判平成6・10・5判タ883号296頁【B16】(旅行中の被告人を警察署に任意同行した後、尿の提出を拒否する被告人を4時間以上にわたり尿の任意提出を求めて警察署に留め置いて採尿した手続が、重大な違法に当たるとされた事例)等がある。

(4) 他方、証拠排除を認めた高裁判例の中には、これらとは趣の異なる判断をしたものもみられる。

例えば、大阪高判昭和63・4・22高刑集41巻1号123頁【B10】は、供述調書の証拠能力が問題となった事例ではあるが、風俗営業法違反事件について、ねつ造された供述調書を疎明資料として逮捕状や捜索差押許可状が発付された事案について、証拠の収集過程に著しい違法があるとして、同逮捕状により逮捕された被告人の拘禁中の供述調書の証拠能力を否定し、これらの証拠を採用した原判決を、訴訟手続の法令違反により破棄した。供述調書を

ねつ造し、これを疎明資料として令状請求をすることは、それ自体重大な違法というべきであるが、本判決は、それに加えて、捜査官に令状主義の諸規定を潜脱する意図があったと認め、この点も考慮に入れて、違法の重大性や排除相当性を肯定し、証拠排除に至ったとみることができる。

同様の判断は、福岡高判平成7・8・30判タ907号281頁【B17】にもみられる。すなわち、本判決は、ねつ造された供述調書を疎明資料として捜索差押許可状が発付された事案について、証拠収集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、排除相当性も認められるとして、同許可状による捜索差押手続のみならず、その際の覚醒剤の発見状況等を記した報告書を疎明資料として発付された第2次差押許可状による差押手続、さらには、上記疎明資料により発付された逮捕状により逮捕された被告人の逮捕手続も違法であるとして、第2次差押許可状により差し押さえられた覚醒剤及びその鑑定書の証拠能力、被告人の身柄拘束中の供述調書の証拠能力もすべて否定し、これらの証拠の証拠能力を認めた原判決を破棄した<sup>(39)</sup>。本判決は、第1次証拠の収集手続の違法の重大性を重視して、派生証拠について毒樹の果実理論により、証拠排除を徹底したものと考えられる。

(5) これらの高裁判例をみても、排除法則の適用に当たり、「令状主義の精神を没却するような」重大な違法といっても、違法の重大性の要件が極限的事例に限られるという解釈は採られておらず、違法の程度の高いものを要するといった程度の意味を有するにとどまっているといえよう<sup>(40)</sup>。その意味で、昭和53年判決の違法の重大性の要件は、次第に柔軟に解されるようになっていったとみることができる。

また、平成15年判決以前においても、高裁段階で違法収集証拠として証拠能力を否定した判断が確定するケースも相当数に上っているが、このような判断がされた事例において、手続法規からの逸脱の程度が甚だしいとされた事例はもとより、警察官による令状主義の諸規定を潜脱する意図が認めら

(39) 本判決は、原審弁護士が差押調書、鑑定書の取調べに同意し、覚醒剤の取調べに異議を述べていなくても、当事者が放棄することを許されない憲法上の権利の侵害を伴う重大な違法が存在することを理由として、証拠能力は認めるべきではないと判示している。

(40) 田宮・前掲注(5)103頁が示したような危惧は、杞憂に終わったといえよう。

れた事例であっても、高裁段階の証拠排除の判断に対して検察官が上告を申し立てることは少なかったと思われる<sup>(41)</sup>。このため、高裁段階の証拠排除の判断に対して上告審の判断が求められる事例が乏しく、このことが、上告審において排除法則を適用して証拠能力が否定される事例が平成15年判決まで現れなかったことの一因であるとも推測することができる。

## IV 違法収集証拠排除法則の新たな展開

### 1 平成15年判決の意義

(1) 最高裁判例は、前述のとおり、排除法則を巡って安定的に推移していたが、平成15年判決の出現を契機として、新たな段階を迎えたといえることができる。平成15年判決は、最高裁として初めて排除法則を適用して違法収集証拠の証拠能力を否定するとともに、派生証拠の証拠能力についても判示し、当該事案において、これを肯定したものである。この判例の意義等について、筆者は、すでに判例解説で検討したので、本稿ではできるだけ重複を避け、現時点から見たその意義等について、若干の感想を述べることにしたい。

(2) 本判決が出るまで最高裁において証拠排除の判断をした判例がなかったことから、最高裁は、一般論として排除法則を採用したものの、これを適用して証拠排除の判断に至ることはないのではないか、あるいは、昭和53年判決の掲げた証拠排除の基準は、容易に乗り越えられない高いハードルではないか、といった憶測も存在した。平成15年判決は、これらの憶測を払拭し、昭和53年判決で採用された排除法則を適用した上で、証拠排除の判断を示したものであって、同判決の重みを相対化する効果をもたらし、下級審に大きなインパクトを与えたといえる。平成15年判決は、後にみるように、理論的にはいくつかの課題を抱えつつも、その後の下級審実務に対し、

---

(41) 昭和53年判決以降平成15年判決より前に、検察官が上告を申し立てて上告審の判断が示されたのは、昭和61年判決の1件のみであり、検察庁が上告の申立てに慎重を期していたことがうかがえる。

昭和 53 年判決の縛りから解き放つ効果をもったことは疑いのないところである。

(3) 平成 15 年判決は、この事件の 1、2 審判決の判断に触発された面があることが明らかである。すなわち、この事件では、警察官が窃盗事件の逮捕状を示さずに被告人を逮捕したという点に違法があるとされているが、被告人に対する逮捕状は発付されていたから、緊急執行の手続（刑訴法 201 条 3 項、73 条 3 項）を採っていれば、何ら手続が違法となることはなかったのであり、警察官が法執行の手順を間違えただけで、重大な違法には当たらないという見方もあり得たところである<sup>(42)</sup>。しかし、第 1 審判決及びこれを是認した原判決（大阪高判平成 13・9・14 刑集 57 巻 2 号 153 頁【B19】）は、このような見方に左袒せず、警察官らが窃盗事件の逮捕状を示して被告人を逮捕したとの虚偽の事実を記載した捜査報告書を作成し、その後の公判においても同旨の証言を行ったという事実を重視し、捜査官に「令状主義の諸規定を潜脱する意図」があったとして、逮捕中に採取された被告人の尿の鑑定書の証拠能力を否定した。1、2 審判決の捜査官の主観的意図に対するこのような厳しい評価は、文言こそ異なるものの、本判決も共有していると思われる。

(4) 平成 15 年判決は、上記のとおり、捜査官の主観的意図を重視して、違法の重大性と排除相当性を肯定し、被告人の尿の鑑定書の証拠能力を否定した 1、2 審判決の判断を是認している。この点は、前述のとおり、昭和 53 年判決以降それまでの最高裁判例において、捜査官の主観的意図が、違法の重大性と排除相当性を否定する要素として考慮されていたのとは対照的である。昭和 53 年判決自体が、前述のとおり、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という文言を採用し、また、要件の具体的事案への適用の場面でも、違法の重大性の要件の判断に副次的要素として捜査官の主観的意図を含めていたのであって、本判決のように、それが証拠排除の方向に働く可能性があることは、ある程度予想されたことではある<sup>(43)</sup>。このように、平

(42) 検察官の上告趣意には、このような記載がある。

(43) 井上（正）・前掲注（2）560 頁は、昭和 53 年判決について、手続違反の客観的内容が比較的軽微な場合であっても、捜査官の側に令状主義を潜脱する意図があったと認めら

成15年判決は、手続違反の程度が客観的にはそれほど重大とはいえない場合であっても、捜査官に令状主義を潜脱する意図が認められるときには、違法の重大性が肯定されて、証拠排除の結果をもたらす得ることを示したという点に意義があると考えられる。

(5) 平成15年判決は、捜査官が虚偽の事実を記載した捜査報告書を作成し、その後の公判においても同旨の証言を行ったという点を考慮に入れて、証拠排除の判断を導いているが、このような捜査官の事後的な行動や態度自体は、捜査官による証拠収集手続の違法とはいえない(捜査報告書の作成については、広い意味での証拠収集手続の一環とみる余地があるが、公判での証言については、そのような見方も困難である。)から、証拠収集の時点における捜査官の主観的意図を推認させる間接事実として、違法の重大性の要件の判断に当たって考慮されたとみるのが、素直な見方であろう<sup>(44)</sup>。また、捜査官の違法を糊塗する意図に着目するのは、司法の無瑕性の観点によるものであるとする指摘もある<sup>(45)</sup>。もっとも、この点については、捜査官の事後的な行動や態度を、排除相当性を基礎付ける要素として考慮する立場もあり得るところである<sup>(46)</sup>。この立場においては、違法の重大性と排除相当性は、重疊的關係にあるものの、相関関係に立つことは否定されず、本件では、違法の重大性の要件が一応満たされており、その程度がそれほど高くなかったものの、排除相当性がそれを補完しているとみることができよう。

なお、捜査官の事後的な態度等のもつ意味については、手続が事後的に隠蔽されると、捜査活動の適法性を公判で点検する機会が失われ、捜査に対する司法的抑制の機能が形骸化を余儀なくされることとなり、このことが、排

---

れるときは、なお「重大な違反」に当たり、証拠が排除されることになるといった意味での、副次的・補充的な要因として掲げられたとも解されるとしている。平成15年判決は、まさに、この指摘が現実のものとなったといえよう。

- (44) 朝山・前掲注(1)43頁。この点について、原判決【B19】がどのような理論構成によって証拠排除の結論を導いたのかは、必ずしも明らかではない。
- (45) 三好幹夫「違法収集証拠排除法則の現在－控訴審において統出する破棄無罪判決の示唆するもの」判例秘書ジャーナルHJ200026(2020年)3頁。
- (46) 田口守一ほか・座談会「排除法則の現状と展望」現刑55号(2003年)17頁における田口発言、笠井発言、川出「証拠排除の要件」大澤＝川出編・刑事訴訟法判例百選(第11版、2024年)206頁。

除法則適用の見地から、司法的抑制に向けられた令状主義の精神を没却する違法と同じ評価に値するとして、隠蔽された手続の違法が全体として重大なものという評価を帯びるという見解も主張されている<sup>(47)</sup>。確かに、捜査官の事後的な態度等による事実上の効果として、捜査手続に関する事実認定が妨げられるというのは、この見解が指摘するとおりであるが、これを正面から排除法則の要件（特に、違法の重大性）の要素として考慮することには、無理があると思われる。

さらに、平成 15 年判決が、捜査官が虚偽の事実を記載した捜査報告書を作成したにとどまらず、その後の公判においても、同旨の証言を行ったという点をも証拠排除の考慮要素としたことは、従前の判例理論の枠組みを超えるものであって、このような事情は、端的に、違法に収集された証拠の公判での使用の許否に係る事情として考慮すべきであるとする見解もある<sup>(48)</sup>。この見解は、平成 15 年判決の前記説示を排除法則とは異なる証拠禁止の原則の一環として理解するものであるが<sup>(49)</sup>、その後の判例は、あくまでもこの問題を排除法則の枠内で処理している。上記のような捜査官の事後的な態度については、同様の違法捜査が繰り返される可能性を推認させる間接事実とみることができるから、排除相当性の考慮要素とみることが可能であると思われる。

(6) 平成 15 年判決が捜査官の事後的な態度を排除法則の考慮要素としたことは、上記のとおり、理論的な問題を含んでいるが、このことは、捜査官に対する副次的効果として、証拠収集手続に違法があるだけでなく、これを糊塗しようとして、捜査書類への虚偽記載や偽証を行うと、証拠能力が否定されることがあり得るという意味で、捜査書類にありのままを記載し、公判廷でもありのままを証言することへのインセンティブを与えるものとも考えられる。こうしたことは、捜査官として当然のことを履行しただけであっ

---

(47) 池田公博「判批」ジュリ 1338 号（2007 年）214 頁。

(48) 宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（有斐閣、第 3 版、2024 年）446 頁（堀江慎司）。

(49) 公判での偽証については、一種の法廷侮辱に伴う制裁として、これに関わる証拠について証拠禁止と理解する立場も考えられるが、この立場では、捜査報告書への虚偽記載についての説明が困難となるであろう。

て、証拠能力を肯定する方向に働く事情ではないという批判もあり得るが、前述のとおり、捜査官の令状主義を潜脱するような主観的意図を推認するのを妨げる事情とみることは、可能であると思われる。後にみるように、後掲最判令和4・4・28【A16】は、このような事情を考慮に入れて、令状審査に違法のある証拠の証拠能力を肯定したとみることができる。

また、警察組織においては、手続的に過誤があってはならないという、一種の無謬神話に囚われる余り、手続的な過誤があった場合に、容易にこれを認めようとせず、隠蔽、糊塗しようとする傾向があることは、最近の不幸事における対応等にも表れているところである。その意味で、手続的過誤を隠蔽、糊塗せずに、捜査書類にありのままを記載し、公判廷でもありのままを証言するということは、当然のこととはいえ、警察組織の体質の改善につながるという意味でも、評価すべきことではないかと思われる。平成15年判決によって、警察内部にこのような動きが生じたとすれば<sup>(50)</sup>、単に、捜査手続の違法性に関する裁判所の事実認定が容易になったということにとどまらず、警察の在り方に好ましい影響をもたらしたともいえよう。

(7) 平成15年判決は、昭和61年判決等における先行手続の違法性の後行手続への承継論や昭和63年決定等における捜査官による法執行の選択の誤り論をうかがわせるような文言を採用していない。すなわち、昭和61年判決が示した基準によれば、前述のとおり、後行手続と先行手続との直接利用の関係は、それほど厳格に解する必要がないことから、平成15年判決の事案でも、これを肯定することが可能であるといえようが、先行手続である窃盗被疑事件による逮捕手続と後行手続である被疑者からの採尿手続との間に、同一目的があるとみることが困難である。このため、本判決は、端的に、逮捕手続と採尿手続との間に密接な関連がある場合には、採尿手続が違法性を帯びるとしている。本判決は、それまでの違法性承継論を放棄したとはいえないものの、密接な関連性を要件とすることによって、後行手続が違法性を帯びる場合の門戸を広げたものといえる。すなわち、直接利用や同一

---

(50) 平成15年判決以降、警察官が捜査書類にありのままを記載し、公判でもありのままを証言するという事例が、徐々に増えているように思われる。

目的が認められる場合というのは、先行手続と後行手続との間に密接な関連性が認められる典型的な事例と位置付けられるが、違法性が承継されるのは、このような場合に限られないことになり、直接利用や同一目的は、密接な関連性の判断の中に解消されることになろう<sup>(51)</sup>。

また、本判決が昭和 63 年決定等における法執行の選択誤り論を採らなかったのは、本件の事案が捜査官の単純な過失による事案ではなく、捜査官が意図的に違法捜査を行ったと認められる場合であったので、そのような論理で捜査官の違法行為を救済することは相当でないという考慮に基づくものと考えられる。このように解すれば、平成 15 年判決は、昭和 61 年判決や昭和 63 年決定の判断手法を採用していないとはいえ、これらと矛盾するものとはいえないであろう。

(8) 平成 15 年判決は、違法収集証拠に基づいて更に発見、収集された証拠（派生証拠）の証拠能力について判示した初めての判例でもある<sup>(52)</sup>。昭和 58 年判決においては、伊藤裁判官の補足意見の中でこの問題が取り上げられたにとどまるが、本判決は、被告人の尿の鑑定書の証拠能力を否定した結果、当該鑑定書を疎明資料として発付された搜索差押許可状に基づいて差し押さえられた覚醒剤という派生証拠の証拠能力を巡って、この問題に正面から向き合うこととなった。この点について、本判決は、上記覚醒剤の差押えが、(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を指摘して、上記鑑定書との関連性が密接なものではないと判示し、その証拠能力を肯定した。このうち、(a) の点に対しては、公判段階で排除されるべき違法収集証拠のみに基づいて発付された令状によって、派生証拠の違法性が希釈

---

(51) 三好・前掲注 (45) 16 頁。

(52) 筆者は、平成 15 年判決の判解〔朝山・前掲注 (1) 60 頁注 44〕において、派生証拠はすべて証拠能力がないとする見解（無制限説）の代表例として、光藤景皎『刑事訴訟行為論—公判前手続を中心として—』（有斐閣、1974 年）329 頁以下を挙げたが、同説は、原則的に、派生証拠の証拠能力を否定すべきであるとしながら、一定の例外を認めているので、小早川・前掲注 (7) 553 頁が指摘するとおり、前記引用は不正確であった。お詫びして訂正する。

されると考えるべきではないとする有力な批判がある<sup>(53)</sup>。仮に、(b)の事情がなく、(a)の事情しかなかったとすれば、本判決が派生証拠の証拠能力を肯定することは困難であったのではないかと思われ、両者の事情が相まって密接な関連性が否定されたと考えられるものの、(a)の事情は、(b)の事情と比較すると、根拠として弱いことは否めないであろう<sup>(54)</sup>。

(9)平成15年判決は、前述のとおり、先行手続の違法性の後行手続への影響を判断する際に、両者が密接な関係を有するか否かを基準として、後行手続も違法性を帯びると判断したが、派生証拠についても、違法収集証拠である第1次証拠との密接な関連性を有するか否かを基準として、その証拠能力を判断している。このように、本判決は、先行手続の違法性の後行手続への承継の問題と派生証拠の証拠能力の問題を、密接な関連性という共通の枠組みによって判断している。このような本判決の判断手法は、違法性の承継の問題と派生証拠の証拠能力の問題を共通の枠組みで判断すべきであるとする見解<sup>(55)</sup>に親和的である。この点は、従来、先行手続と後行手続との違法性承継論と派生証拠に関する毒樹の果実論を使い分けてきた学説、下級審裁判例に一石を投じるものといえよう。

派生証拠の証拠能力については、これを派生証拠の収集に至る手続全体への排除法則の適用の場面として捉え、派生証拠との間に違法収集証拠である第1次証拠との密接な関連性が認められない場合には、違法性が希釈されて、違法の重大性が否定され、証拠能力が認められるという立場が考えられる。現に、平成15年判例は、文言上、このような立場を採っているように読める。しかし、この立場では、派生証拠の証拠能力の判断の際に、再度第1次証拠の際と同様の排除法則を適用することとなるので、判断の重複であるとの指摘がある<sup>(56)</sup>。これに対し、第1次証拠の違法の重大性は、第1次

---

(53) 川出・前掲注(33)537頁、大澤=杉田・前掲注(19)80頁(杉田発言)。

(54) 佐藤文哉「判批」法教275号(2003年)43頁。筆者は、朝山・前掲注(1)52頁において、(a)と(b)の点が相まって「違法の重大性」を否定する判断に導いたと解するのが素直であろうと述べたが、その後の判例・学説の展開をみると、本文のように解するのが相当であると思われる。

(55) 川出・前掲注(33)531頁。

(56) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣、第3版、2021年)508頁。

証拠の証拠能力の判断の際にすでに判断されているので、派生証拠の証拠能力は、端的に、第1次証拠との密接な関連性の有無の問題と捉えれば足りるという立場が考えられる<sup>(57)</sup>。この立場は、第1次証拠と派生証拠との関連性を排除相当性の要件の要素と捉えるものであるが、平成15年判決は、必ずしもこのような立場と相容れないものではないと思われる。

以上とは異なり、本件においては、逮捕状の緊急執行が可能であったように、第1次証拠の収集手続の法規からの逸脱の程度がそれほど重大ではなかったことが、派生証拠の証拠能力を肯定する事情として考慮されたとする理解もあり得えよう。本件とは逆に、第1次証拠の収集手続の法規からの逸脱の程度が重大であったとすれば、派生証拠の証拠能力を肯定することは困難であったとも考えられる。

(10) 平成15年判決は、派生証拠の証拠能力の判断において、派生証拠の「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」と判示している。本判決が違法の重大性と並んで考慮している要素としては、派生証拠の重要性が例示されているが、「諸般の事情」とは、排除相当性に関する要素ではないかと推測することができる<sup>(58)</sup>。本件の事案において、1、2審判決は、いずれも第1次証拠のみならず、派生証拠についても証拠能力を否定したのに対し、本判決は、第1次証拠の証拠能力を否定しながら、派生証拠の証拠能力は肯定した。第1次証拠の違法の重大性に関する判断は、1、2審判決と本判決との間で基本的に違いはないと考えられるので、1、2審判決と本判決との間で判断が分かれたのは、第1次証拠と派生証拠との関連性及び派生証拠の排除相当性に関する評価であったと考えられる。第1次証拠と派生証拠との関連性については、前述のとおりであるが、排除相当性については、1、2審判決が、捜査機関が本件のような違法な逮捕手続を行うのを抑止するには、第1次証拠のみならず、派生証拠まで排除する必要があると判断したのに対し、本判決は、上記目的のためには、第1

---

(57) 川出・前掲注(33)532頁。

(58) 佐藤・前掲注(54)43頁、川出『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、第2版、2021年）518頁。

次証拠を排除すれば十分であって、派生証拠まで排除する必要はないと判断したとも考えられる。このような見方に立てば、排除相当性の判断は、単なる第1次証拠と派生証拠との関連性にとどまらない政策的判断を含むものとみることができる。このことは、本判決の「証拠の重要性等」という文言が暗示しているように思われる。

## 2 最高裁判例の動向（平成15年判決以降）

平成15年判決以降、最高裁において違法収集証拠の証拠能力について判示した判例は多くないが、排除法則の適用に当たって重要な判断を示したものが現れている。

(1) 最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁【A13】は、宅配荷物に対するX線検査について、これが強制処分にあたるとした上、令状によらずにこれを行うことは違法であるとし、当該事件で証拠とされた覚醒剤等については、違法なX線検査の結果に基づいて発付された捜索差押許可状による捜索において発見されたものであるので、違法なX線検査と関連性を有する証拠であると判断したものの、覚醒剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、X線検査を行う実質的必要性が高かったこと、捜査官に令状主義の諸規定を潜脱する意図があったとはいえないことと並んで、当該覚醒剤等が、司法審査を経て発付された捜索差押許可状に基づく捜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件X線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたとうかがわれることなどを指摘して、その証拠能力を肯定した。この説示は、派生証拠の証拠能力を肯定した平成15年判決の説示を援用したものではあるが、やや微妙な表現ながらも、X線検査の結果以外に、令状請求の疎明資料があったとうかがえることを指摘しているのは、この点に関する前述の有力な批判<sup>(59)</sup>を考慮に入れたものと思われる。

(2) 最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁【A14】は、GPS捜査について、強制処分性を肯定し、令状がなければ行えない処分であるが、検証令状等の現行法上の令状によっては対処し得ない処分であるとして、令状によ

---

(59) 前掲注(53)参照。

らずに行った本件 GPS 捜査によって収集された証拠、及びこれと密接に関連する証拠を排除した第 1 審の措置を是認したものである。本件では、第 1 審が、無令状で行われた本件 GPS 捜査には重大な違法があり、排除相当性もあるとして、上記証拠を排除する決定をしたのに対し、原判決（大阪高判平成 28・3・2 判タ 1429 号 148 頁【B31】）は、本件 GPS 捜査が強制処分に当たり、無令状で行われたことを違法と解する余地があるとしても、その違法の程度は重大でないとして、上記証拠の証拠能力は排除されないと判断したところ、本判決は、原判決の判断が憲法及び刑訴法の解釈を誤ったものであるとしたが、上記証拠の証拠能力に関しては、昭和 53 年判決の排除法則の基準を明示的には適用していない。この点については、本判決が、一部の派生証拠の証拠能力を肯定した点を含めて第 1 審判決を是認していることから、昭和 53 年判決の排除法則の基準を前提とした上で、捜査官が強制処分に当たる本件 GPS 捜査を無令状で行ったことから、重大な違法があり、排除相当性もあると暗黙の裡に判断していると解する立場があり得る。このような理解を前提に、仮に、捜査官が GPS 捜査について検証令状を請求し、裁判官が条件を付した検証令状を発付していれば、少なくとも重大な違法はなく、これにより得られた証拠は、証拠能力を排除されないと解する余地もあるとする見解がある<sup>(60)</sup>。しかしながら、本判決が、GPS 捜査を現行刑訴法上の強制処分として令状により規制することは困難であって、事案ごとに令状を審査する裁判官の判断によりの確な条件を選択しない限り是認し得ないような強制処分を認めることは、強制処分法定主義の趣旨に沿わないと説示していることからすると、GPS 捜査は、そもそも現行法上、典型的に令状をもってしても行えない強制処分であって、昭和 53 年判決が採用した相対的排除法則を適用するのは相当でないという理解もあり得よう。すなわち、相対的排除法則は、事案ごとに、手続法規からの逸脱の程度や捜査官の主観的意図、違法捜査の出現の頻度等の諸々の要素を総合して、証拠としての許容性を判断するものであるところ、強制処分法定主義の趣旨に悖る

---

(60) 伊藤雅人＝石田寿一・最判解刑事事篇平成 29 年度 64 頁。なお、千葉地判平成 30・8・30LLI/DBL07350700 参照。

GPS 捜査によって収集された証拠は、このようなカズイスティックな判断になじまず、一律に証拠能力を否定すべきではないかとも考えられる。あるいは、GPS 捜査にも一応相対的の排除法則が妥当するとしても、その違法の程度は、強制処分法定主義の趣旨に悖るという意味で重大なものであって、捜査官の主観的意図等の要素を考慮するまでもなく、違法の重大性や排除相当性が肯定されると解することもできよう。本判決は、GPS 捜査によって収集された証拠を基に収集された派生証拠については、平成15判決で示された派生証拠の証拠能力に関する判断基準を採用していると解されることからすれば、後者のような理解の方が本判決の説示と整合的であるように思われる。

(3) 最判令和3・7・30刑集75巻7号930頁(以下「令和3年判決」という。)【A15】は、排除法則の判断方法について判断したものである。すなわち、本件では、警察官が、被告人の自動車内にチャック付きビニール袋を確認した旨の疎明資料を作成して同車に対する捜索差押許可状及び強制採尿令状を請求してその発付を受け、同車内から覚醒剤等の薬物を差し押さえ、被告人から尿の任意提出を受けたという経緯があるが、第1審判決は、上記ビニール袋は同車内になかったのに、警察官が上記疎明資料を作成して上記各令状を請求した疑いがあるから、本件の証拠収集手続には重大な違法があるなどとして、上記薬物等の証拠能力を否定した。これに対し、控訴審判決(東京高判令和2・11・12高検速令和2年261頁【B45】)は、上記ビニール袋がもともと同車内になかった疑いは払拭できないが、その疑いはそれほど濃厚でなく、本件各証拠の証拠能力を否定しても、将来における違法行為抑止の実効性を担保し得るか疑問があつて、本件各証拠を証拠として許容することが将来における違法な捜査抑制の見地からして相当でないとはいえないとして、第1審判決を訴訟手続の法令違反により破棄した。本判決は、上記ビニール袋は同車内になかったのに警察官が上記疎明資料を作成して上記各令状を請求したという事実の存否を確定せず、その存否を前提に上記各証拠の収集手続に重大な違法があるかどうかを判断しないまま、その証拠能力を肯定した原判決は、法令の解釈適用を誤った違法があるとして、これを破棄した<sup>(61)</sup>。本判決は、排除法則の適用に当たって、違法の重大性に関する事実

を確定することなく、排除相当性の有無の判断を先行させて証拠能力の判断をすることを戒めたものであり、違法の重大性の要件が排除法則の先決問題であることの意義を改めて確認したものである。本判決は、排除法則の適用に当たって、司法の無瑕性や適正手続の保障を重視するものといえよう<sup>(62)</sup>。

(4) 最判令和4・4・28刑集76巻4号380頁(以下「令和4年判決」という。)**【A16】**は、強制採尿令状発付の要件が欠けているのに、これが発付され、これに基づく強制採尿手続が行われた場合において、同手続によって採取された尿の鑑定書の証拠能力が争われた事例である。原判決(福岡高判令和3・4・27刑集76巻4号438頁**【B47】**)は、本件において、被疑事実について令状発付に足りる疎明があったとはいえず、被疑者に対して強制採尿を実施することが「犯罪の捜査上真にやむを得ない」場合とは認められないのに、強制採尿令状が発付されたという点に重大な違法があるなどとして、上記鑑定書を証拠排除すべきであるとした。これに対し、本判決は、本件強制採尿令状の発付に違法があり、これに基づく強制採尿手続も違法となるとという点に関しては、原判決の判断を是認したものの、警察官らはありのままに記載した疎明資料を提出して同令状を請求し、裁判官の審査を経て発付された適式の同令状に基づき強制採尿を実施したもので、その執行手続自体に違法な点はなく、「犯罪の捜査上真にやむを得ない」場合であることについても、疎明資料において、合理的根拠が欠如していることが客観的に明らかではなく、また、警察官らは直ちに強制採尿を実施することなく被疑者に対して尿を任意に提出するよう繰り返し促すなどしていたなどの事情を指摘した上、強制採尿手続の違法の程度は重大とはいえないとして、同手続により得られた尿の鑑定書等の証拠能力を肯定した。

本件のように、令状発付の要件が満たされていないのに、令状が発付され

---

(61) 本件の差戻し審判決(東京高判令和4・10・5判時2571号101頁**【B49】**)は、被告人の尿に関する鑑定書や覚醒剤、大麻等に関する鑑定書の各証拠が違法収集証拠であり、その証拠能力を否定した第1審の判断に誤りはないとして、検察官の控訴を棄却した。

(62) 三好幹夫「判批」判例秘書ジャーナル HJ200031(2021年)8頁は、本判決が、司法の廉潔性を汚しかねない捜査上の疑惑に直面したとき、その存否についての判断を決してゆるがせにはしないことを改めて確認したとする。

たという点で、令状審査に違法があった場合、そもそも捜査官による違法捜査の抑止を目的とする違法収集証拠の排除法則を適用すべきか、という理論上の問題がある。アメリカでは、このような場合、捜査官は、令状が裁判官によって適式に審査されたと信じて令状に基づく強制処分を行ったという理由で、「善意の例外」の法理を適用して、証拠能力を肯定する判例が確立している<sup>(63)</sup>。相対的排除の立場を採る我が国の判例においては、違法の重大性の要件の中に捜査官の主観的意図も織り込んで判断されているので、「善意の例外」の法理は、参考にはなるものの、あえてこれを援用する必要はないと思われる。

本判決は、本件の令状審査に違法があったという点では原判決を是認したものの、主として捜査官側の事情を考慮して、その違法が重大なものではないとし、本件尿の鑑定書等の証拠能力を肯定した。この点については、本来実施できなかったはずの強制採尿が行われたという点で、違法の重大性を肯定すべきであったという批判もある<sup>(64)</sup>。また、本判決が違法の重大性を否定すべき事情として指摘した事情のうち、疎明資料において、合理的根拠が欠如していることが客観的に明らかでなかったという点については、「善意の例外」の法理との関連を意識して、捜査官の主観において、後に令状が違法とされ、自身の行為が違法と評価されることを認識する契機がなかったことを述べるものと理解すべきであるという見解もあるが<sup>(65)</sup>、裁判官による令状審査の違法の程度が重大でないことを表現したものと解するのが相当であろう<sup>(66)</sup>。

なお、本判決は、警察官らがありのままを記載した疎明資料を提出して強

---

(63) アメリカの連邦最高裁における「善意の例外」の法理の採用の経緯については、井上(正)・前掲注(2)467頁以下、同「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頁以下参照。なお、光藤『刑事訴訟法Ⅱ』(成文堂、第2版、2013年)154頁は、アメリカにおける「善意の例外」の法理の適用には一定の歯止めがかけられているとする。

(64) 堀田尚徳「判批」法セミ67巻9号(2023年)131頁。

(65) 稲谷龍彦「判批」ジュリ1592号(2024年)159頁。

(66) 井上和治「判批」重判解令和4年度(2023年)161頁、吉戒純一「判解」曹時76巻4号(2023年)187頁。

制採尿令状を請求したことを、証拠能力を肯定する一事情として考慮している。この点は、平成 15 年判決が、捜査官が虚偽の事実を記載した捜査報告書を作成し、その後の公判においても、同旨の証言を行うなど、手続的な違法を糊塗する行動をとっていたことを、違法の重大性を肯定する方向に働く事情として考慮したことを想起させる説示である。本判決は、平成 15 年判決とは対照的に、前記の諸事実が、捜査官に令状主義の諸規定を潜脱する意図がないことを推認させ、違法の重大性を否定する事情となるとともに、同種の違法行為を繰り返さないという態度の表われとみられることから、排除相当性を否定する事情として考慮したものと考えられる。この点については、捜査官が疎明資料にありのままを記載するのは、法令上当然のことであって、違法の重大性を否定する一事情とはなり得ないとする批判も存する<sup>(67)</sup>。

いずれにせよ、令状審査の違法と排除法則の適用の問題は、これまではあまり論じられてこなかった問題であり、後に改めて検討する。

### 3 下級審裁判例の動向（平成 15 年判決以降）

(1) 平成 15 年判決以降の下級審裁判例においては、証拠排除の事例が顕著に増加したとはいえ、それまでと比較して、下級審裁判例の基調に大きな変化があったとはいえない。もともと、前述のとおり、平成 15 年判決は、昭和 53 年判決の設定した要件の内容的な縛りを事実上解き放ち、下級審の実務に対し、特に、違法の重大性に関して、基準を事実上緩和する効果をもたらしたことは否定できない。これとともに、排除法則の適用により証拠排除に至る違法な証拠収集手続には新たな類型が現れ、その適用場面が質的に広がったということも指摘することができる。特に、近時の高裁判例においては、質・量ともに、排除法則の活性化がみられるといっても過言ではない。

(2) 排除法則を適用して証拠能力を肯定した事例は、枚挙にいとまがないが、その中では、職務質問を開始した後、被告人に任意同行を求めるため、

---

(67) 井上(和)・前掲注(66) 161頁。

あるいは強制採尿令状の執行を確保するため、職務質問の現場に留め置いた行為の適否が争われた事例が目につく。例えば、東京高判平成23・3・17東高時報刑事62巻23頁【B23】は、覚醒剤使用の事案において、停車した自動車に乗っていた被告人に対する職務質問の現場への留め置きに関し、職務質問開始後約2時間経過した時点でエンジンキーの返還要求を拒絶した後の留め置きは違法であるが、職務質問が適法に開始されたこと、警察官らは被告人車両のエンジンキーを返却しなかったに止まり、被告人は現場を離れること以外は自由に振る舞っていたこと、警察官は職務質問開始から約50分後には強制採尿令状請求の手続をとっていることなどから、違法の程度は重大ではないとして、被告人の尿の鑑定書の証拠能力を肯定した原判決の判断を是認した。同様の説示は、仙台高判平成20・1・31高刑速平成20年293頁【B21】、東京高判平成23・3・17東高時報刑事62巻27頁【B24】、札幌高判平成26・12・18判タ1416号129頁【B28】、東京高判平成27・3・4判時2286号138頁【B29】、大阪高判令和2・4・21高刑速令和2年397頁【B44】等にもみられる。これらは、いずれも被告人の留め置きを違法とする一方で、その違法の程度は重大でないとして、押収された被告人の尿の鑑定書や覚醒剤の証拠能力を認めている。この種の事案においては、警察官が被告人を長時間留め置いたことが、任意処分において許容される限界を超えるとして違法と判断されても、有形力が行使されることは稀である上、多くの場合、強制採尿令状の執行を確保することを目的として留め置きが行われるため、その必要性があるとともに、強制採尿令状が請求されているので、令状主義の諸規定を潜脱する意図も認められないとして、違法の重大性が否定される傾向にあるといえよう<sup>(68)</sup>。

留め置き以外の有形力行使が違法とされた事例としては、東京高判平成27・10・8判タ1424号168頁【B30】(臨場した弁護士とともに、職務質問を拒否してその現場から立ち去ろうとした被告人に対し、警察官らが有形力を行使

---

(68) 職務質問の際の留め置きに関しては、純然たる任意捜査の段階と強制捜査への移行段階を区別する高裁判例がある(東京高判平成21・7・1判タ1314号302頁、東京高判平成22・11・8高刑集63巻3号4頁)。これらの判例によれば、そもそも留め置きに関し違法とされる事例は少なくなる。

して転倒させ、さらに、被告人らが乗車したタクシーの進路をパトカーで塞いだ行為が、任意捜査の限界を超え違法であるとされた事例)、東京高判平成 28・4・15 東高時報刑事 67 卷 28 頁【B32】(職務質問を拒んで逃走しようとした被告人に対し、その首に腕を回して逃走を防止した上、フェンスから引きはがして通路に引き倒し、うつ伏せになった被告人の背中に乗って押さえ続けた警察官の有形力の行使が、許容される限度を超えて違法であるとされた事例)、東京高判令和元・6・25 判タ 1472 号 124 頁【B42】(警察官らが覚醒剤使用の嫌疑のある被告人に対し、約 8 時間半にわたり、被告人が移動するのに同行しながら職務質問を行った際、2 回にわたり被告人がタクシーに乗り込もうとするのを制止し、被告人が電車に乗ろうとして駅の改札を通過するのを制止したことが、被告人の移動の自由を不当に制限したもので、違法であるとされた事例)等があるが、いずれも、違法の程度が重大でないなどとして、押収された証拠物等の証拠能力が肯定されている。

有形力の行使以外の事例として、福岡高判平成 24・5・16 高刑速平成 24 年 242 頁【B25】は、警察官らが被告人から携帯電話機を取り上げ、被告人からの携帯電話機の返却要求を拒んだ行為は、強制力を用いて必要最小限度を超える方法によるものであって、刑法 111 条 1 項の「必要な処分」にも当たらず違法であるが、警察官が被告人から携帯電話機を取り上げた時間は 40 分程度であること、警察官らの行為は、被告人が携帯電話で暴力団関係者を呼び寄せて強制採尿令状の円滑な執行を妨害するのを防止するためであり、その手段がやや行き過ぎたに過ぎず、違法の程度が重大であるとはいえない上、警察官らに令状主義を没却する意思があったともいえないとして、被告人に対する強制採尿令状によって採取された被告人の尿の鑑定書の証拠能力を認め、これを否定した原判決を破棄した。福岡高判平成 30・7・20 高刑速平成 30 年 458 頁【B39】にも、同様の説示がみられる。

また、大阪高判平成 25・11・28 高刑速平成 25 年 154 頁【B27】は、覚醒剤輸入事件において、被告人による腹部 X 線検査の同意が真意に基づくものとは認められず、税関職員の威迫的な言動の影響を受けたもので違法であるが、税関職員に令状主義の諸規定を潜脱する意図があったとはいえないとして、被告人の体内に隠匿されていた覚醒剤及びその鑑定書の証拠能力を肯

定し、これらの証拠能力を否定した原判決を破棄した。この判決は、上記手続における税関職員の主観的意図も考慮して証拠能力を肯定したことがうかがえる。

こうした中であって、東京高判令和3・3・23判タ1499号103頁【B46】は、理論的に興味深い判示をしており、注目に値する。すなわち、本判決は、被告人が居住するマンションに付属するごみ集積場から被告人が置いた吸殻入りのビニール袋を警察官が回収した行為は、令状なしに行われた捜索・差押えに当たり、違法であるが、わいせつ略取誘拐、殺人等の重大事件について、被告人のDNA型鑑定に必要な資料の採取を目的とするもので、高度の必要性が認められる上、被告人らに実質的な権利侵害がなく、警察官らが令状主義を潜脱する意図を有していたとはいえないとして、違法の重大性を否定するとともに、排除相当性も否定し、上記吸殻に関連する証拠の証拠能力を肯定した。本判決は、上記回収行為が組織的に行われたと認定する一方、警察官が捜査報告書等にありのままを記載し、公判でも事実を隠さず証言しており、違法捜査を隠蔽して令状主義の精神を潜脱しようとする意図があったとは認められないとした。また、本判決は、上記ビニール袋の回収行為は、マンションの管理者やごみの収集業者の協力を得れば、警察官が任意捜査によって行うこともできたから、違法の程度が重大でないとも説示した。さらに、本判決は、本件後に、警察部内で、マンションのごみ集積所内にあるごみに関し、マンション管理者やごみ収集業者から任意提出を受けて領置するという方法によるべきことなどを内容とする指導がなされたことを指摘して、排除相当性がないとした。このように、本判決は、事案の重大性と証拠の重要性、権利侵害の程度、証拠収集の必要性を違法の重大性の要素として明示的に考慮した上、排除相当性について違法の重大性とは異なる要素を考慮したという点に特徴がある。

(3) 他方、高裁段階で証拠排除の判断が示されたものも少なくない。

東京高判平成19・9・18判タ1273号338頁【B20】は、警察官が自動車を運転していた被告人に対する職務質問において、所持品検査及び車内検査に応じるよう求めて、令状請求に着手することなく、被告人の再三の退去要求を無視して約3時間半にわたり留め置いたことが、違法な職務執行であると

した上、被告人が自動車を発進しようとしたのを阻止して、公務執行妨害により現行犯逮捕し、これに伴う捜索・差押えを行ったことに重大な違法があり、排除相当性もあるとして、発見・押収された大麻の証拠能力を否定した。本判決は、警察官らに令状主義を潜脱する意図がなかったとはいえない難いとしているので、法規からの逸脱の程度の重大性と並んで警察官の主観的意図も考慮に入れて違法の重大性を肯定したと考えられる。

また、東京高判平成 28・8・23 高刑集 69 卷 1 号 16 頁【B34】は、警察官が、相手が警察官であると認識していない被告人に対し、その DNA 型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人からコップを回収した行為が、令状によらない違法な強制処分に当たり、一連の手続には重大な違法性と排除相当性があるとして、逮捕後に任意提出された口腔内細胞の DNA 型に関する鑑定書の証拠能力を否定した。本判決は、欺罔的手段を用いて被告人の DNA 型検査の資料を採取するという捜査手法について、強制処分と任意処分の区別に関する近時の有力説に基づいて強制処分性を肯定した上、令状によらない上記採取行為の違法の重大性を肯定するとともに、警察官に令状主義を潜脱する意図があったとして、証拠排除の結論を導いたものであるが、新たな類型の上記の捜査手法が強制処分に当たるとするとともに、これを意図的に行ったという点を排除法則の適用に当たって重視したものと考えられる。

大阪高判平成 28・10・13 判タ 1439 号 127 頁【B35】は、所持品検査の必要性が高くなく、緊急性もないのに、警察官が被告人運転車両の車内を見ることの承諾を得ただけであるのに、その承諾を得ないまま、車内にあった被告人の財布やポーチを開披してその在中品を取り出したことが、捜索に類似し、被告人のプライバシーを侵害する程度の高い行為であって、所持品検査として許容される限度を逸脱している上、当初から、被告人の承諾の有無にかかわらず、検査しようとの意図の下に行われたとして、違法の重大性と排除相当性を肯定し、違法な所持品検査により発見された覚醒剤、これを疎明資料として発付された強制採尿令状により採取された被告人の尿の鑑定書の証拠能力を否定し、これらの証拠能力を肯定した原判決を破棄した。本判決も、捜査官の主観的意図を重視して、証拠排除の判断に至ったものと考えら

れる。

東京高判平成30・3・2判タ1456号136頁【B37】は、職務質問を受けていた被告人が所持していたバッグを知人に向かって投げたところ、警察官が、所持品検査をする緊急性が認められないのに、被告人の承諾なくバッグを開披してその内容物を取り出し、写真撮影した行為が、令状主義を潜脱する意思を強くうかがわせるとして、違法の重大性と排除相当性を肯定し、バッグ在中の覚醒剤及びその鑑定書の証拠能力を否定し、これを肯定した原判決を破棄した。

大阪高判平成30・8・30判時2430号140頁【B40】は、警察官から職務質問を受け尿の提出を求められた被告人が、これを拒否して自宅の共同住宅に戻ったところ、追隨した警察官らがその建物内に立ち入って被告人方居室前まで同行した上、令状発付まで約1時間半にわたり部屋のドアを閉めさせずに室内の様子をうかがっていたという事案について、必要性・緊急性も認められないのに、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したとして、違法の重大性と排除相当性を肯定し、強制採尿令状により採取された被告人の尿の鑑定書の証拠能力を否定した。本判決は、警察官らに令状主義を潜脱する意図があったとはいえないとしているので、手続法規からの逸脱の程度や被告人の権利侵害の程度が著しいとして、違法の重大性を肯定したものと解される。

東京高判平成31・1・15東高時報刑事70巻1頁【B41】は、住居侵入、強姦致傷、強盗等被告事件について、警察官が、被告人のスマートフォンのアカウントのインターネットの検索履歴を、その承諾なく令状によることなく閲覧し、写真撮影した手続について、リモートアクセスの手段を回避して、被告人のプライバシーを侵害したとして、違法の重大性と排除相当性を肯定し、その写真撮影報告書の証拠能力を否定した。本判決も、新たな類型の捜査手法による証拠収集に対する判断を示したものであるが、捜査官の主観的意図には特に触れることなく、違法の重大性を肯定している。

このほかにも、同様の証拠排除の判断をした事例としては、大阪高判平成21・3・3判タ1329号276頁【B22】(軽犯罪法1条4号の浮浪罪による現行犯逮捕が、同罪の要件を満たさず、覚醒剤事犯の捜査を目的とした別件逮捕にも当

たり、重大な違法があるとされた事例）等がある。

平成 15 年判決で表面化したような、捜査官の事後的態度に言及して証拠排除の判断をした事例としては、東京高判令和元・7・16 判タ 1477 号 132 頁【B43】を挙げる事ができる。本判決は、警察官が、被告人が陰部付近に薬物を隠置しているとの疑いを抱いて、令状がないのに陰部付近の捜索を行い、被告人に対しプライバシーや羞恥心への配慮を欠いたまま公道上でパンツを脱ぐように要求し、被告人をしてパンツを脱ぐに至らせた上、強制採尿令状請求の疎明資料に、裁判官に誤解を与える記載をしたという事案について、違法の重大性と排除相当性を肯定し、強制採尿令状により採取された被告人の尿の鑑定書の証拠能力を否定した。本判決は、採尿に至る手続の違法の重大性に加えて、令状の疎明資料に事実と異なる記載をしたことや、その後の公判でも同旨の証言をしたことなどの事後的な言動等を指摘して、排除相当性を肯定している点が注目される。

このほかに、同様の証拠排除の判断をした事例としては、東京高判平成 30・3・22 判時 2406 号 78 頁【B38】（警察官らが窃盗事件の捜査のため無令状で被告人の使用車両に GPS 端末を取り付けてその位置情報を取得し、GPS 捜査の実施を隠蔽するため、証人尋問において虚偽の供述をするなどしたことが、重大な違法に当たるとされた事例）等が挙げられる。

(4) 他方、前記Ⅲ 4 (4) の証拠のねつ造に近い事例としては、東京高判平成 25・1・16 東高時報刑事 64 卷 18 頁【B26】が挙げられる。本判決は、警察官が、嫌疑を欠く違法なものであることを認識しながら、被告人が故意に自車をパトカーに衝突させたとして、被告人を公務執行妨害罪により現行犯逮捕した上、現行犯人逮捕手続書にその旨事実と異なる記載をし、公判においても同旨の証言をして、その違法性を糊塗しようとしたとして、違法の重大性と排除相当性を肯定し、違法な逮捕を利用して採取された被告人の尿の鑑定書の証拠能力を否定し、これを証拠排除した原判決を是認した。

同様の証拠排除の判断をした事例としては、東京高判平成 28・6・24 東高時報刑事 67 卷 69 頁【B33】（警察官らが被告人に対し覚醒剤使用の嫌疑を抱き、それを深めていった経緯について意図的に虚偽の内容を記載した捜査報告書を疎明資料として強制採尿令状を請求したほか、任意同行の際に、警察官らがう

そを言って被告人をバトカーに乗車させたことが重大な違法に当たるとされた事例)、東京高判平成29・6・28判時2402号105頁【B36】(警察官が5時間余りにわたり被告人を路上に留め置いた上、被告人の身体的特徴や挙動について意図的に報告書に事実と異なる記載をし、これを強制採尿令状請求の疎明資料として提出したことが、重大な違法に当たるとされた事例)が挙げられる。

(5) 以上の高裁判例を通覧すると、違法収集証拠の証拠能力を否定したものの中には、捜査官に令状主義の諸規定を潜脱する意図があったことを理由に挙げるものが相当数あり、この点がかなり重視されていることがうかがえる。特に、捜索差押許可状や強制採尿令状を請求するに当たり、疎明資料として虚偽の内容を記載した捜査報告書等を提出したような事例においては、法規からの逸脱の程度もさることながら、捜査官の令状主義の諸規定を潜脱しようとする主観的意図をも重視して証拠排除の結論を導いていると考えられる。

また、平成15年判決のように、手続違反の程度が客観的にはそれほど重大とはいえない場合であっても、捜査官に令状主義を潜脱する意図が認められるとして、違法の重大性が肯定されて、証拠排除に至った事例は少ないが、前掲大阪高判平成28・10・13【B35】や前掲東京高判平成30・3・2【B37】がこれに相当するとみることができる。

さらに、平成15年判決の影響を受けて、捜査報告書等に虚偽の記載をしたり、公判でも同様の証言をしたりしたという警察官の事後的な態度を捉えて、警察官に令状主義の諸規定を潜脱する意図があったとするものも、少なからず見受けられる(前掲東京高判平成29・6・28【B36】、東京高判平成30・3・22【B38】、東京高判令和元・7・16【B43】等)。このような判断手法は、定着しつつあるといえよう<sup>(69)</sup>。

他方、平成15年判決以降の下級審裁判例においては、先行手続における違法性の後行手続への承継に関して、当初は、直接利用や同一目的を基準として承継の可否を判断するものもみられたが、次第に減少し、先行手続と後

---

(69) 三好・前掲注(45)3頁は、これらの高裁判例が、警察官が事実を偽ることに対する裁判所の厳しい見方を反映したものとみることができるとする。

行手続との間の密接な関連性の有無の判断に置き換えられたとみることができる。

また、下級審裁判例の中には、平成 15 年判決が派生証拠の証拠能力を肯定する際の要素として掲げた、司法審査を経て発付された令状によって押収手続が行われたものであることを理由に挙げるものも散見されるが、その判断基準は、疎明資料の内容等に立ち入って、より実質的に判断する傾向がうかがえる（前掲東京高判令元・7・16【B43】等）。

(6) 平成 15 年判決以降の高裁判例の中で、新たな問題を提起したものとして、東京高判令和 3・10・29 判タ 1505 号 85 頁【B48】が挙げられる。本判決は、警察官らが、搜索差押許可状、鑑定処分許可状及び身体検査令状の発付を受け、被疑者の肛門から大腸内視鏡を挿入して、その体腔内からマイクロ SD カードを採取し差し押さえたという手続について、強制処分としての許容性についての実質的な令状審査を欠き、高度の捜査上の必要性が認められないのに発付された令状によるものであって、重大な違法があり、排除相当性もあるとして、上記手続により差し押さえられたマイクロ SD カードの証拠能力を否定し、これを証拠排除した原判決を是認した。この種の事案では、そもそもこのような体腔からの異物の強制採取が強制処分として許容されるかという、強制処分法定主義に関わる問題がある。本判決は、強制採尿に関する最決昭和 55・10・23 刑集 34 卷 5 号 17 頁を援用して、このような強制採取を許容することが強制処分法定主義に反するとはいえないとしたものの、それが例外的に許容されるのは、高度の捜査上の必要性がある場合にに限られるとした上、本件で発付された搜索差押許可状や鑑定処分許可状等は、上記の要件についての実質的審査を欠いたものであるとして、重大な違法があるとした。

この事案においても、令和 4 年判決と同様、裁判官による令状審査に違法があった場合、そもそも違法収集証拠の排除法則を適用すべきかという問題が生じる<sup>(70)</sup>。身体への重大な侵襲を伴う、体腔からの異物の強制採取が許

---

(70) 本判決は、この問題を、令状審査をした裁判官の問題というよりは、令状を請求した捜査官の問題として捉えていると思われる。

容されるのは、強制採尿よりも一層限定的に解すべきことは、本判決が説示するとおりであって、違法に発付された令状により行われた異物の強制採取手続には、排除法則の適用上、重大な違法があるというべきであり、令和4年判決の挙げるような事情をもってしても、本件において違法収集証拠の証拠能力を肯定することは、困難ではないかと思われる<sup>(71)</sup>。

## V 若干の考察

以上の違法収集証拠の排除法則を巡る判例の動向を振り返って、気の付いたことを何点か指摘したい。

### 1 昭和53年判決の意義の変化

昭和53年判決は、前記のとおり、下級審実務に対して、当初は違法収集証拠の証拠排除を抑制する方向に強い影響を及ぼしたが、その後の事例の集積によって排除法則の内容が肉付けされるにつれて、次第に内容上の影響が薄れていったとみることができる。昭和53年判決は、現在でも、文言上は、下級審実務に対する基準として機能しているが、判断の枠組みとしての意義はともかく、内容面での実質的な規範性はかなり弱まっているといっても過言ではないであろう。前述のように、近時の下級審裁判例においては、排除法則の要件としての違法の重大性は、かつてほどハードルの高いものとは意識されておらず、捜査官の主観的意図を要素として考慮し得ることを前提とすれば、法規からの逸脱の程度は、軽微な違法を除外するという程度で足りると解されているように思われる。「令状主義の精神を没却するような」重大な違法という文言は、前述のとおり、最高裁が排除法則を初めて採用するに当たり、これを制限的に運用する方向に下級審をコントロールする趣旨に出たものと推測することができるが、排除法則が完全に定着した現在では、その歴史的役目を終えたといつてよいであろう。判例のように、この文言を用いることによって、捜査官の主観的意図を考慮に入れるという立場もあり

---

(71) 朝山・判例秘書ジャーナル HJ200041 (2022年) 15頁以下。

得るが、捜査官の主観的意図を考慮に入れるためであれば、必ずしも、この文言にこだわる必要はないと思われる。

## 2 違法の重大性と排除相当性の要件

昭和53年判決が掲げた排除法則の要件としての違法の重大性と排除相当性との関係については、前述のとおり、並列的ではなく重疊的と解するのが一般的な理解であり、下級審裁判例も、ほぼ例外なくこのような立場を採っている。その結果、最高裁判例、下級審裁判例を問わず、排除法則の適用の結果、証拠能力を肯定する場合には、例外なく、違法の重大性と排除相当性の双方を否定し、逆に、証拠能力を否定する場合には、これまた例外なく、違法の重大性と排除相当性の双方を肯定している。両者の関係を重疊的と解するのであれば、証拠能力を肯定する場合には、違法の重大性について判断するまでもなく、排除相当性を否定して結論を出すこともあり得ると考えられるが、令和3年判決は、前述のとおり、このような考え方を斥け、前者が先決問題であって、前者の有無、程度を明らかにしないまま後者を論じることができないとした。

判例上、違法の重大性と排除相当性とは独立の要件であって、前者が法規からの逸脱の程度のほか、捜査官の主観的意図等を副次的な考慮要素とするほか、後者が将来的な違法捜査抑制に関する予測的判断であることから、別個に判断されるというのが建前である。しかしながら、実際には、両者は一体のものとして判断されており、特に、排除相当性は、前述のような運用をみる限り、独立の要件としての意義が乏しいといわざるを得ない<sup>(72)</sup>。そもそも、排除相当性は、将来の違法捜査に関する予測的判断であるから、違法の重大性とは異なり、裁判所にとって、判断が困難であるという事情もあるといえよう。

また、違法の重大性の要件は、「令状主義の精神を没却するような」という文言に示されるように、規範的、評価的なものであるから、その判断には

---

(72) 田宮・前掲注(5)403頁は、排除相当性は、違法の重大性とほとんど同義反復以上の意味をもちえないと指摘し、加藤克佳「違法収集証拠排除法則」法教245号41頁も、判例は、現実の運用上「重大な違法」を証拠排除の必要十分条件としていると指摘する。

利益衡量が持ち込まれていることが明らかである。他方、排除相当性の要件も、将来における違法捜査抑制の見地に立つての予測的判断であるから、ここにも利益衡量が入り得ることは否定し難い。結局、判例においては、違法の重大性の要件の判断に、捜査官の主観的意図はもとより、様々な要素が取り込まれて、利益衡量が行われているので、違法の重大性の要件の判断が肥大化する一方、これに反比例して排除相当性の要件の内容が乏しくなり、その比重も軽くなっているとも考えられる。

このような判例の立場に対しては、違法の重大性は、客観的に判断すべきであって、捜査官の主観的意図は排除相当性の要素として考慮すべきであるという見解も主張されている<sup>(73)</sup>。この点に関し、平成15年判決は、捜査官の主観的意図を違法の重大性の考慮要素としているが、その文言にもかかわらず、必ずしも捜査官の主観的意図を排除相当性の要素として考慮する立場を排斥するものではないであろう。

### 3 排除法則の根拠

(1) 排除法則の根拠を巡っては、前述のとおり、捜査官による違法捜査に対する抑止効と並んで司法の無瑕性の要請が挙げられるのが常である。もっとも、昭和53年判決が、排除法則を憲法31条、35条に基づくものでなく、刑訴法上の解釈問題であると位置付けながら、憲法31条、35条の趣旨を援用しているのは、前述のとおり、単に司法の無瑕性にとどまらず、適正手続の保障が排除法則の背景にあると考えていることの表われであろう。このことは、令和3年判決が、違法の重大性の要件を排除法則適用の際の先決問題と捉えていることとも無縁ではないと思われる。

司法の無瑕性と適正手続の保障との関係については、前者が、証拠収集において手続法規からの逸脱を裁判所として是認すべきでないという要請であるのに対し、後者は、手続法規が遵守されないことによる被疑者や処分の手方への権利侵害を救済するという趣旨であるから、両者は段階を異にし、証

---

(73) 光藤・前掲注(63)158頁。酒巻・前掲注(29)550頁も、同様の立場に立つと思われる。

拠収集手続の違法が明白で顕著な場合には適正手続の保障により、それに当たらない場合には司法の無瑕性の見地から、証拠排除されるという見解が有力に主張されている<sup>(74)</sup>。しかしながら、両者の概念は、歴史的沿革はともかく、我が国の裁判例の運用上、区別して理解されているとはいえず、上記有力説のように両者を段階的に区別する理解は、一般的ではないと思われる。昭和53年判決以降の最高裁、下級審を問わず、判例が違法の重大性を重視するのは、単に司法の無瑕性の要請に基づくというだけでなく、適正手続の保障を考慮したことの表われとみることができよう。

(2) そもそも司法の無瑕性(廉潔性)は、裁判所が、捜査機関の違法な証拠収集に加担して、手を汚すべきではないという価値判断を内容とするものである。このような価値判断は、どちらかという消極的なものであって、被告人の無罪につながる証拠排除というドラスチックな効果をもつ排除法則を正当化する根拠としては、いささかインパクトが弱いと思われる。このような価値判断は、アメリカにおけるように、犯人を無罪放免とすることへの批判に抗し切れるだけの説得力をもち得るか疑問なしとしない。すなわち、裁判所が証拠排除によって犯人を無罪放免とすることは、証拠を排除しないことにより違法捜査に加担することと同様、司法に対する信頼を損なうという批判には、抗い難いものがあるといえよう。

他方、排除法則のもう一つの根拠とされる違法捜査の抑制は、その効果について未知の部分が多いことは否定し難い。学説の中には、排除法則の根拠を専ら違法捜査の抑止効に求める見解も主張されているが<sup>(75)</sup>、排除法則の違法捜査の抑止効は実証されていないという、アメリカにおける批判を考慮すると、実証的効果の疑わしい証拠排除によって、犯人を無罪放免にすると社会的コストを払ってまで、違法捜査の抑止という政策目的を追求すべきか、という疑問を払拭することは難しいであろう。確かに、わが国では、証拠排除による違法捜査の抑止効は、警察での研修等により、アメリカにおけるほどネガティブではなく、一定の効果が期待できるとと思われるが、実証

(74) 井上(正)・前掲注(2)403頁。

(75) 最近のものとしては、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』(有斐閣、2019年)655頁以下参照。

的な研究は行われていない。さらに、違法捜査の抑止効は、前述のとおり、証拠排除されない捜査方法に対する違法宣言によっても、証拠排除された場合ほどのインパクトはないにせよ、ある程度期待できるから、違法捜査の抑止のためには、必ずしも証拠排除しなければならないとはいえないであろう。すなわち、相対的排除の考え方下では、違法捜査の抑止効も相対化され、排除法則の根拠として弱められているといえよう。加えて、前述のように、我が国の判例上、排除相当性が独立の要件としてほとんど機能していないことを考慮すると、違法捜査の抑止効のみを排除法則の根拠とすることは、少なくとも我が国の判例に対しては、十分な説得力をもつとはいえないと思われる。

こうしてみると、適正手続の保障は、排除法則の根拠としても、なお軽視し難いものがあり、昭和53年判決がこれを直接の根拠としなかったとはいえ、我が国の判例においてしばしばこの理念が引き合いに出されるのも、理由のないことではない。すなわち、司法の無瑕性や違法捜査の抑止効の要請は、いずれも排除法則の根拠として十分な説得力を有するとはいえないのに対し、適正手続の保障の理念は、これらの理念のいわばバックボーンとなるものであって、これらを補う役割を果たしているといえるのではないか。

(3) わが国では、アメリカとは異なり、排除法則によって犯人を無罪放免とすることに対する批判や風当たりがそれほど強くないと思われる。これは、排除法則によって証拠排除される事件のほとんどが違法薬物の所持や使用の事案であって、一般人の関心をそれほど惹かないという事情に加え、排除法則によって無罪とされる者の多くは、違法薬物の常用者であって、第三者に直接害悪を加えることがない上、いずれまた別の薬物犯罪により検挙される可能性があるという事情もあるのではないかと考えられる。また、薬物犯罪については、押収された証拠物やその鑑定書等が決定的に重要な証拠である場合がほとんどである反面、営利目的による所持や譲渡、これらの取引を業とする事案を除けば、違法性がほぼ定型化されていて、極めて重大な事案は少ないといえる。それゆえ、薬物の非営利目的による所持や使用の事案において、排除法則の適用に当たり、事案の重大性や証拠の重要性に言及される事例はほとんどないといつてよいであろう。

これに対し、殺人や性犯罪等の重大事件では、違法収集証拠として証拠排除されて無罪になる事例は少ないと思われる。その理由としては、これらの重大事件においては、特定の証拠が違法収集証拠として排除されても、他の捜査手段によって収集された証拠により有罪となる事例があることや<sup>(76)</sup>、違法収集証拠が排除されても、その派生証拠の証拠能力が肯定され、これによって犯罪事実が認められる事例もあることなどが考えられる。そもそも、この種の事件では、排除法則の適用上、事案の重大性や証拠の重要性が考慮されることが、実例としては少ないものの<sup>(77)</sup>、あり得ることも指摘することができる。

#### 4 相対的排除法則のもたらしたもの

昭和 53 年判決以降、我が国の判例が相対的排除法則を採用したことにより、証拠収集手続は違法であるが、獲得された証拠の証拠能力は否定されないという、一種のグレイゾーンが出現したことは、既に述べたとおりである。この点については、相対的排除法則の採用が捜査の違法に対する抑制を弱めたという批判もあるが、実態としては、むしろ逆であって、相対的排除法則の採用は、捜査の適正化に資するところが大きかったのではないかと考えられる。すなわち、前述のとおり、違法収集証拠に絶対的排除の考え方を採用した場合、裁判官は、その証拠排除という効果の大きさ故に、違法宣言を躊躇してしまい、結果的に、手続法規に違反した捜査に適法というお墨付きを与えてしまう懸念がある。このような傾向は、既にみたように、昭和 53 年判決以前の判例にうかがえたところである。これに対し、昭和 53 年判決以降、相対的排除の考え方の採用とその浸透により、最高裁、下級審を通じて、違法宣言のハードルが下がり、違法宣言をする裁判例が増加して、結果的に、捜査の適正化が図られたといえよう。

---

(76) 前掲東京高判平成 31・1・15【B41】は、被告人のスマートフォンのアカウントのインターネットの検索履歴を撮影した写真撮影報告書の証拠能力を否定したが、その余の証拠により被告人が犯人であることが認定できるとして、有罪の原判決に対する控訴を棄却した。

(77) 前掲東京高判令和 3・3・23【B46】参照。

なお、下級審裁判例の中には、証拠収集手続に「令状主義の精神を没却するような」重大な違法があったかという、証拠排除に直結する結論部分のみを判断し、そもそも当該証拠収集手続が違法であったか否かについて明確な判断を示していないものも見受けられる<sup>(78)</sup>。しかし、証拠収集手続の違法の程度が重大ではなく証拠排除に至らない場合であっても、これを違法と宣言することにより違法捜査の抑止を図る点に相対的排除のメリットがあるのであるから、裁判所としては、そのような手続が手続法規に違反し、抑止すべきであると判断する以上、違法であることを明確に宣言すべきである<sup>(79)</sup>。

さらに、近時の傾向として、従来型の捜査手法による証拠収集手続については、以前と比較して、明白な違法があると判断される事例は減ってきているように思われる<sup>(80)</sup>。これも、排除法則により捜査手法が違法と宣言され、場合によっては証拠排除された事例の積み重ねにより、捜査機関が学習した効果の表れとみることができよう。他方、脱法的に手続法規をかいくぐろうとした証拠収集方法に対しては、組織的な関与がうかがえることもあり、捜査官の主観的意図をも考慮して重大な違法に当たると評価された事例が散見される。

## 5 派生証拠の証拠能力

平成15年判決は、前述のとおり、様々な問題を提起したが、その中で、派生証拠の証拠能力について、なお検討を加えておきたい。

この問題について、平成15年判決は、前述のとおり、先行手続の違法性の後行手続への承継の問題と派生証拠の証拠能力の問題を、共通の枠組みによって判断していると考えられる。従来判例、学説は、違法性承継論と毒樹の果実論を使い分けて、この2つの問題に対処するものが多かったが<sup>(81)</sup>、

---

(78) 例えば、前掲大阪高判平成28・3・2【B31】。

(79) 中川孝博「違法収集証拠排除法則における『重大な違法』」後藤昭ほか編『裁判員裁判時代の刑事証拠法』(2021年、日本評論社)352頁以下、堀江「『証拠』分野の回顧と展望」刑法62巻3号406頁。

(80) 大澤=杉田・前掲注(19)70頁(杉田発言)。

(81) 古江・前掲注(56)508頁、井上(和)「違法性の承継論と毒樹の果実論」前掲注(75)701頁以下。

違法性承継論については、前述のとおり、「同一目的」や「直接利用」の要件の内容が乏しいことが指摘されている上、先行手続の違法を後行手続においてどの程度考慮すべきかという共通の課題に対して、あえて異なる手法でアプローチする必要性は乏しいといえよう。

また、派生証拠の証拠能力の要件である、第1次証拠と派生証拠との密接な関連性とは、単に、第1次証拠と派生証拠との事実的な因果関係の有無にとどまらず、第1次証拠から隔たった派生証拠まで排除しなければ違法捜査の抑止という目的を達成できないかという、政策的判断に関わる要素を含んでいる。その意味でも、前述のとおり、これを排除相当性の要件の要素と捉えることには意味があると考えられる。

## 6 令状審査の違法

令状発付の要件が満たされていないのに、これが発付されたという場合には、杜撰な令状審査が行われたという意味で、令状審査に違法があることになり、前述のとおり、その結果収集された証拠に、捜査官による違法捜査の抑止を目的とする違法収集証拠の排除法則を適用すべきか、という理論的な問題がある。前述のとおり、アメリカの連邦最高裁では、この問題を排除法則の適用範囲とした上、「善意の例外」の法理を適用して、捜査官が令状発付の要件が満たされていないことを知らなかった場合には、排除法則を適用せず、証拠能力を肯定する立場が採用されている。また、我が国においても、令和4年判決は、排除法則を適用した上、主として捜査官側の事情を考慮して、違法収集証拠の証拠能力を肯定した。

令状審査の違法の問題は、捜査官が、令状請求の際に発付の要件を満たしていないことを知りながら、虚偽の事実を記載した疎明資料を提出したような場合でない限り、杜撰な令状審査をした裁判官の判断の問題であって、将来の違法捜査抑止の見地からの排除相当性は、妥当しないというべきである。また、上記の例外的な場合を除けば、捜査官は令状請求をしているのであるから、捜査官に令状主義を潜脱する意図は認められず、「令状主義の精神を没却するような」違法という基準で判断するのにふさわしい状況があるとはいえない<sup>(82)</sup>。他方、この問題は、捜査機関の違法な証拠収集に加担す

べきではないという、司法の無瑕性の要請自体が働く場面ではないものの、当然行われるべき司法による審査が行われなかったことから、法規からの逸脱の程度が大きいという意味では、司法の無瑕性と同様の考慮が働くといえよう<sup>(83)</sup>。また、違法な令状により違法な強制捜査をされた被疑者又は処分相手方としては、違法捜査の原因が捜査官にあるか裁判官にあるかは重要でなく、要は、適正手続の保障が害されたことに変わりはない。その意味で、この場合には、適正手続の保障の観点から、排除法則の適用を認めるべきであろう。もっとも、この場合の証拠排除の根拠が適正手続の保障に求められるとしても、必ずしも排除法則の適用の要件が加重されると解する必要はないであろう。

## 7 同意の効力、申立適格

以上のほかにも、違法収集証拠の排除法則を巡っては、同意の効力や申立適格(スタンディング)といった問題が、理論上は重要な課題として残されている<sup>(84)</sup>。

このうち、同意の効力については、高裁判例<sup>(85)</sup>によれば、証拠排除されるような重大な違法があっても、同意があれば、通常は証拠能力を認めてよいが、その違法の程度が甚だしい場合には、同意があっても、証拠能力を認めるべきではないという結論になるように思われる。この点は、公判における被告人や弁護人の訴訟行為という、排除法則の要件とは全く別個の事情によって証拠排除の可否を決する問題であるから、証拠排除の要件論とは場面を異にするというべきである。この問題は、伝聞証拠に対する同意の性質に関する議論とも関連しており、いまだ筆者の検討が十分ではないので、これ以上論じることは控えることとし、問題点を指摘するにとどめたい。

また、申立適格については、司法の無瑕性や将来の違法捜査抑制の必要性といった排除法則の根拠は、被告人の権利・利益に対する直接の侵害がない

---

(82) 朝山・前掲注(71)15頁。

(83) 朝山・前掲注(71)16頁。

(84) 高木=大淵・前掲注(36)230頁以下参照。

(85) 前掲大阪高判昭和56・1・23【B5】、福岡高判平成7・8・30【B16】等。

場合であっても、妥当することからすれば、基本的に、申立適格によって排除法則の適用範囲を狭めるべきでないといえよう。しかし、この問題については、実務上問題となる事例がそれほど多くないことに加え、筆者の検討が不足しているので、これ以上の検討は控えることとする。

## 8 排除法則の再構築に向けて

以上の考察を基に、今後の違法収集証拠排除法則の適用の在り方について、筆者なりに、若干の提言ないし議論の整理を試みたい。もとより、以下は、単なる試論の域を出るものではない。

### (1) 排除法則の基本的枠組み

既に述べたとおり、昭和 53 年判決以降現在に至るまでの最高裁判例及び下級審裁判例によって、違法収集証拠排除法則は、我が国の裁判実務に完全に定着しており、その判断の枠組み及び内容は、基本的に変更する必要がないというべきである。したがって、①証拠収集手続の違法の重大性と②証拠排除の相当性という、排除法則の 2 つの要件という基本的枠組みは、維持すべきであると考えられる。前述のとおり、我が国の判例上、②の要件は実質的に機能していないことから、①の要件のみによって証拠排除の可否を判断すべきであるとする見解も有力であるが、後述のとおり、②の要件にも一定の役割をもたせることが可能であると考えられるので、排除法則から②の要件を除外するという立場は、性急に過ぎると思われる。もっとも、これらの要件の内容については、なお検討の余地がある。

まず、昭和 53 年判決の「令状主義の精神を没却するような」重大な違法という文言は、改めるのが適切であろう。その第 1 の理由は、前述のとおり、この文言自体が、下級審に対して証拠排除の判断を慎重ならしめるという役割を担って掲げられたものと考えられるが、その後の判例の蓄積により、この基準の内容的な拘束力が低下しており、特に、近時の高裁判例においては、実質的に、軽微とはいえない法規からの逸脱があれば、少なくとも客観的には違法の重大性の要件を満たすと判断されていることが挙げられる。第 2 の理由としては、前述のとおり、令状発付に違法がある場合につい

ても、排除法則の適用を及ぼす必要があると考えられるが、その際、「令状主義の精神を没却するような」重大な違法という文言で判断することが適切であるとはいえないことが挙げられる。さらに、第3の理由としては、証拠収集手続の違法性を判断する場面が令状主義の適用が問題となる強制捜査の場合に限定されず、任意捜査であっても、重大な違法があるとして、証拠排除に至る可能性を留保しておく必要があることが挙げられる<sup>(86)</sup>。「令状主義の精神」という文言は、令状主義よりも一段と抽象化されたものを念頭に置いたものであることから、任意捜査に対して適用する可能性を含むものであり、昭和53年判決を始めとする従来の判例においても、任意捜査に対して排除法則が適用されてきたという経緯がある。しかしながら、重大な違法のメルクマールとして、令状主義のみを引き合いに出すのが果たして適切かどうか、検討の余地はあろう。また、この文言によって、令状主義を履践したかどうかという点ばかりが強調されると、捜査官に対して、令状請求さえしておけば、それ以前の証拠収集手続の違法が不問に付されるかのような印象を与えかねないので、適当でないと思われる<sup>(87)</sup>。それゆえ、今後は、「令状主義の精神を没却するような」という修飾語を付することなく、単に「重大な違法」といえば足りるのではないか。

さらに、①の要件(違法の重大性)は、法規からの逸脱の程度及び権利侵害の程度といった客観的要素を中心として判断するのが適当である。前述のとおり、昭和53年判決以来、判例は、捜査官の主観的意図を①の要件の副次的要素として、その判断の中に取り込んできたが、捜査官の主観的意図は、違法な捜査方法の再現性、頻発性にも関連するといえるから、①の要件だけでなく、②の要件(排除相当性)の考慮要素にもなり得るといえるべきである。また、判例が捜査官の主観的意図を①の要件に取り込んだことにより、①の要件が肥大化するとともに、②の要件の内容が希薄化していることは、既にみたとおりである。そうすると、①の要件を、専ら客観的要素によって判断し、捜査官の主観的意図は、②の要件の判断の中で判断するという

(86) 葛野尋之「任意処分違法と違法収集証拠排除法則」前掲注(79)344頁、川出・前掲注(46)206頁。

(87) 中川・前掲注(79)355頁参照。

立場が適当であると思われる<sup>(88)</sup>。もっとも、判例のように、捜査官の主観的意図を①の要件において考慮しても、結論に実質的な差異が生じるわけではない。

次に、②の要件の内容については、捜査官の主観的意図のほか、証拠の重要性や事件の重大性、違法捜査の頻発性といった諸事情も考慮要素とすべきである。証拠の重要性や事件の重大性といった要素も、②の要件の判断において考慮すべきである。また、後にみるように、②の要件は、先行手続の違法の承継や派生証拠の場面では、手続相互の密接な関連性をその考慮要素とすべきである。

なお、①と②の要件の関係は、重疊的であって、①の要件を②の要件に対する先決問題とする点については、従前の判例の枠組みを変更する必要がないと考えられる。もっとも、①の要件については、一定の重大性を備えていることが必要であるものの、②の要件との相関的考慮を入れる余地があるというべきである<sup>(89)</sup>。すなわち、法規からの逸脱の程度や権利侵害の程度が極めて重大な場合には、捜査官の主観的意図や違法捜査の再現可能性等を問うまでもなく、証拠排除すべきであるが、他方、法規からの逸脱が一定の程度に達していれば、それほど重大ではなくても、捜査官の主観的意図が悪質であると認められ、違法捜査の再現可能性が認められるような場合には、証拠排除すべきであると考えられる。

次に、平成15年判決で表面化したように、捜査官が証拠収集手続に関して捜査報告書等に虚偽の記載をしたり、公判廷でこれと同旨の偽証をしたりしたという場合に、これらの事後的態度をどのように位置づけるべきかという問題がある。これらの事情は、前述のとおり、違法な捜査手法の再現可能性に関わるものとみることができるから、②の要件の考慮要素とするのが適当である。公判での偽証は、証拠収集とは段階の異なる手続における出来事であるから、前述のように、排除法則とは異なる証拠禁止の一種とみる見解もあるが、捜査報告書等に虚偽の記載をしながら、公判ではありのままを証

---

(88) 酒巻・前掲注(29) 550頁参照。

(89) 葛野・前掲注(85) 350頁。

言するということは、期待できない上、実際にも考え難いと思われる。したがって、公判での偽証は、捜査報告書等への虚偽記載に付随するものとして、排除相当性の判断の要素として考慮するのが相当であろう。

## (2) 違法な先行手続の後行手続への影響、派生証拠

排除法則は、第1次証拠、違法な先行手続の後行手続によって収集された証拠、派生証拠の証拠能力の問題を通じて、共通の枠組みによって判断されるべきである。すなわち、派生証拠の証拠能力についても、基本的には、①証拠収集手続の違法の重大性と②証拠排除の相当性という、2つの要件による判断の枠組みが適用されるべきであって、場面に応じて異なる基準を使い分けるのは適当でない。先行手続に違法がある場合に、それ自体に違法のない後行手続によって収集された証拠の証拠能力についても、同様に解すべきである。

このうち、派生証拠については、前述のとおり、①の要件は第1次証拠の証拠能力に関して判断済みであるから、専ら②の要件の判断が残ることになる。派生証拠に関する②の要件の判断においては、第1次証拠との密接な関連性の有無が主たる考慮要素となるが、それ以外にも、派生証拠の重要性、事案の重大性等も考慮要素となると解すべきである。

## (3) 令状審査の違法

本来令状発付の要件が満たされていないのに、令状が発付されたという、令状審査に違法のある手続によって収集された証拠の証拠能力についても、排除法則の本来の適用場面ではないものの、排除法則の枠組みによって判断するのが適当である。その場合、違法の重大性は、令状発付の要件を欠く程度の重大性として、また、排除相当性は、将来にわたる違法な強制捜査を抑制する必要性という見地から判断すべきことになるが、前者の要件が中心となると解すべきである。

## (4) 小括

以上を要するに、違法収集証拠の証拠能力については、相対的排除法則が

適用されるべきであり、その判断においては、①証拠収集手続の違法の重大性と②証拠排除の相当性を要件とすべきであるが、従来の判例の立場とは異なり、①の要件は、専ら法規からの逸脱の程度や権利侵害の程度といった客観面から判断し、捜査官の主観的意図は、②の要素として判断するのが適当である。また、派生証拠や先行手続の後行手続への影響の場面では、②の要素として密接な関連性の有無を中心に、同一の枠組みで判断するのが適当である<sup>(90)</sup>。

## VI 結び

1 従来の違法収集証拠の排除法則の適用場面は、職務質問から所持品検査へと移行する過程において、有形力の行使が行き過ぎたような事例が典型的であった。このような従来型の事例は、依然として現れてはいるが、近時は、これと並んで、GPS 捜査や DNA 型情報の資料の採取、パソコンやスマートフォンからの情報収集といった、新たな捜査手法の出現に伴い、違法収集証拠の排除法則の適用場面が新たな領域にも広がりを見せている。これにより、被侵害法益も、プライバシーから個人情報等へと広がっており、その侵害の程度も、抽象的に捕捉しづらいものとなってきている。このような新たな捜査方法に対しても、排除法則は、その適法性、許容性を判断する準則として、今後も機能することが期待されており、その存在意義が失われることはないであろう。

排除法則の判断基準やその基となる捜査方法の適法性に関する判断は、時代とともに変化し得るものである。プライバシーや個人情報に対する保護の要請の高まりや科学技術（GPS、通信手段等）の進歩に伴って、捜査機関に要求される適法性のハードルは、長い目で見れば、確実に上がっていると思われる。GPS 捜査に関する前掲最大判平成 29・3・15【A14】や DNA 型検査の資料の収集に関する前掲東京高判平成 28・8・23【B32】は、上記の近

---

(90) 石井・前掲注(20)151頁は、証拠収集手続における違法行為の客観的側面、主観的側面及び違法行為と証拠物押収との関連性の3点が、違法の重大性の判断要素であるとする。

年の情勢の変化に伴う権利意識の変化を反映したものとみることができよう。また、時間の経過により、違法の重大性や排除相当性の判断が変動するという点も十分あり得ると考えられる。従来は違法とされながら証拠排除に至らなかった捜査方法が、歳月の経過とともに重大な違法があると評価されて証拠排除に至るケースや、証拠排除されない違法な捜査が繰り返されて一向に改められないことから、排除相当性が肯定されるケースも今後生じ得るであろう<sup>(91)</sup>。その意味では、裁判所は、排除法則の適用に関して、過去の先例に過度にとらわれる必要はないというべきである。

2 さらに、近時は、周知のとおり、捜査手続において、物の収集以上に、情報の収集が重要な課題となっている。しかも、情報は、人や物以上に易々と国境を越えて流通し拡散するものであって、国境を越えた犯罪の実行が極めて容易になり、これに対応して、捜査機関が証拠となる情報を越境して収集する必要性もまた高まっている<sup>(92)</sup>。この点に関し、越境による証拠収集手続の適法性や収集された証拠の証拠能力が争われる事例は、下級審裁判例でも、様々な形態のものが現れており<sup>(93)</sup>、最高裁判例で判断が示された事例もある<sup>(94)</sup>。しかし、この問題は、国際刑事司法にも関わる問題であって、排除法則の適用によって処理し得る範囲を超えるものであり、当然のことながら、本稿の範囲を超える問題であるので、検討は控えることにする。

また、現在、刑事手続におけるIT化に関する立法作業が進行中であり、近い将来、捜査手続や証拠を始めとする刑事手続全般がIT化されることが確実な情勢となっている。このことは、当然排除法則の運用にも影響を与え

---

(91) 宅配荷物に対するX線検査のような事例【A12】では、捜査機関が判例による違法宣言に学ばず、検証令状を請求することなく、検査を実施するようなことがあれば、違法の重大性に変化はないものの、排除相当性が肯定されて、証拠排除の判断に至ることは、十分考えられる。

(92) 川出「コンピュータ・ネットワークと越境捜査」前掲注(75)411頁以下参照。

(93) 東京高等判平成28・1・27高刑集69巻2号5頁(差し押えたパソコンに対する検証許可状を得てサーバにアクセスして得られた証拠の証拠能力が否定された事例)、東京高判平成29・9・21高刑速平成29年171頁(国際司法共助によりタイで行われたライブ・コントロールド・デリバリーによって得られた証拠が違法収集証拠に当たらないとされた事例)等。なお、古江・前掲注(56)490頁以下参照。

(94) 最決令和3・2・1刑集75巻2号123頁。

ると考えられるが、その内容や程度には予測し難いものがある。特に、IT化への移行期には、従来型の証拠とIT化された証拠とが混在し、これに伴い捜査の適正が害されることもあり得よう。他方で、オンラインによる令状請求が可能になれば、職務質問に伴い、薬物使用の疑いのある者を職務質問の現場に留め置いて任意採尿等を説得するといった場面で、留め置きに許容される時間は現在より大幅に短縮されるであろうと予想される。さらに、捜査のIT化に伴い、新たな証拠収集方法が現れ、その適法性が問われる事態も、容易に予想することができる。

もとより、これらの問題についても、これ以上論じあるいは予測することは、筆者の能力を超えるので、問題の所在を指摘するにとどめたい。

#### 【後記】

本稿を執筆するに当たっては、上智刑事法研究会において報告の機会を与えられ、その際に会員の方々から貴重なご意見を賜ったが、本稿の内容も、これを反映したものとなっている。会員の諸氏には、この場を借りて御礼を申し上げる次第である。

(本学法科大学院教授)

別紙(判例一覧表)

最高裁判例

A1	最判昭和24・12・13裁判集刑事15号349頁	
A2	最大判昭和36・6・7刑集15巻6号915頁	
A3	最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁	
A4	最判昭和53・9・7刑集32巻6号1672頁	証拠能力肯定
A5	最判昭和58・7・12刑集37巻6号791頁	
A6	最決昭和59・2・29刑集38巻3号479頁	
A7	最判昭和61・4・25刑集40巻3号215頁	証拠能力肯定
A8	最決昭和63・9・16刑集42巻7号1051頁	証拠能力肯定
A9	最決平成6・9・16刑集48巻6号420頁	証拠能力肯定
A10	最決平成7・5・30刑集49巻5号703頁	証拠能力肯定
A11	最決平成8・10・29刑集50巻9号683頁	証拠能力肯定
A12	最判平成15・2・14刑集57巻2号121頁	証拠能力否定 ／肯定
A13	最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁	証拠能力肯定
A14	最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁	証拠能力否定 ／肯定
A15	最判令和3・7・30刑集75巻7号930頁	
A16	最判令和4・4・28刑集76巻4号380頁	証拠能力肯定

高裁判例

B1	大阪高判昭和31・6・19高刑裁特3巻12号631頁	証拠能力否定
B2	東京高判昭和41・5・10高刑集19巻3号356頁	証拠能力肯定
B3	仙台高判昭和47・1・25刑月4巻1号14頁	証拠能力否定
B4	東京高判昭和54・8・14東高時報刑事30巻8号110頁	証拠能力肯定
B5	大阪高判昭和56・1・23判時998号126頁	証拠能力否定 ／肯定
B6	東京高判昭和56・9・29判夕455号155頁	証拠能力肯定
B7	札幌高判昭和57・12・16判時1104号152頁	証拠能力否定
B8	大阪高判昭和60・2・27判夕555号339頁	証拠能力否定
B9	大阪高判昭和61・5・30判夕621号229頁	証拠能力肯定
B10	大阪高判昭和63・4・22高刑集41巻1号123頁	証拠能力否定
B11	大阪高判平成4・1・30高刑集45巻1号1頁	証拠能力否定 ／肯定
B12	福岡高判平成5・3・8判夕834号275頁	証拠能力肯定
B13	大阪高判平成5・12・21判夕843号293頁	証拠能力肯定
B14	広島高松江支判平成6・4・18判夕858号283頁	証拠能力肯定

B15	仙台高判平成 6・7・21 判夕 887 号 281 頁	証拠能力否定
B16	福岡高判平成 6・10・5 判夕 883 号 296 頁	証拠能力否定
B17	福岡高判平成 7・8・30 判夕 907 号 281 頁	証拠能力否定
B18	広島高判平成 8・4・16 判時 1587 号 151 頁	証拠能力肯定
B19	大阪高判平成 13・9・14 刑集 57 卷 2 号 153 頁	証拠能力否定
B20	東京高判平成 19・9・18 判夕 1273 号 338 頁	証拠能力否定
B21	仙台高判平成 20・1・31 高刑速平成 20 年 293 頁	証拠能力肯定
B22	大阪高判平成 21・3・3 判夕 1329 号 276 頁	証拠能力否定
B23	東京高判平成 23・3・17 東高時報刑事 62 卷 23 頁	証拠能力肯定
B24	東京高判平成 23・3・17 東高時報刑事 62 卷 27 頁	証拠能力肯定
B25	福岡高判平成 24・5・16 高刑速平成 24 年 242 頁	証拠能力肯定
B26	東京高判平成 25・1・16 東高時報刑事 64 卷 18 頁	証拠能力否定
B27	大阪高判平成 25・11・28 高刑速平成 25 年 154 頁	証拠能力肯定
B28	札幌高判平成 26・12・18 判夕 1416 号 129 頁	証拠能力肯定
B29	東京高判平成 27・3・4 判時 2286 号 138 頁	証拠能力肯定
B30	東京高判平成 27・10・8 判夕 1424 号 168 頁	証拠能力肯定
B31	大阪高判平成 28・3・2 判夕 1429 号 148 頁	証拠能力肯定
B32	東京高判平成 28・4・15 東高時報刑事 67 卷 28 頁	証拠能力肯定
B33	東京高判平成 28・6・24 東高時報刑事 67 卷 69 頁	証拠能力否定
B34	東京高判平成 28・8・23 高刑集 69 卷 1 号 16 頁	証拠能力否定
B35	大阪高判平成 28・10・13 判夕 1439 号 127 頁	証拠能力否定
B36	東京高判平成 29・6・28 判時 2402 号 105 頁	証拠能力否定
B37	東京高判平成 30・3・2 判夕 1456 号 136 頁	証拠能力否定
B38	東京高判平成 30・3・22 判時 2406 号 78 頁	証拠能力否定
B39	福岡高判平成 30・7・20 高刑速平成 30 年 458 頁	証拠能力肯定
B40	大阪高判平成 30・8・30 判時 2430 号 140 頁	証拠能力否定
B41	東京高判平成 31・1・15 東高時報刑事 70 卷 1 頁	証拠能力否定
B42	東京高判令和元・6・25 判夕 1472 号 124 頁	証拠能力肯定
B43	東京高判令和元・7・16 判夕 1477 号 132 頁	証拠能力否定
B44	大阪高判令和 2・4・21 高刑速令和 2 年 397 頁	証拠能力肯定
B45	東京高判令和 2・11・12 高検速令和 2 年 261 頁	証拠能力肯定
B46	東京高判令和 3・3・23 判夕 1499 号 103 頁	証拠能力肯定
B47	福岡高判令和 3・4・27 刑集 76 卷 4 号 438 頁	証拠能力否定
B48	東京高判令和 3・10・29 判夕 1505 号 85 頁	証拠能力否定
B49	東京高判令和 4・10・5 判時 2571 号 101 頁	証拠能力否定