慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	On "the fruit of the poisonous tree" rule
Author	清水, 真(Shimizu, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.31 (2015. 2) ,p.89- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150227-0089

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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

清　水　　真

序
Ⅰ　行政警察活動又は捜査における「手順の誤り」としての処理
Ⅱ　排除法理における毒樹果実法理と「違法の承継論」の位置付け
Ⅲ　平成 15 年最判（大津覚醒剤事件）の検討
Ⅳ　平成 21 年最決の検討
おわりに

序

天王寺覚醒剤事件上告審判決において、我が国の判例法理に違法収集証拠の排除法理が採用されてから、あと数年で、40 年が経とうとしている[1)]。この間、下級審を含めた裁判例も多数蓄積され、いかなる場合に行政警察活動又は捜査の違法を理由として証拠が排除されるのかに関する基準も次第に明らかになりつつある[2)]。もっとも、違法な行政警察活動又は捜査と発見・獲得された証拠との関係についての判例法理に関しては、些か判り難いものがある。大恩ある

1）最（1 小）判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 巻 6 号 1672 頁。

2）違法収集証拠の排除法理に関する我が国の裁判例を網羅的に分類・検討した文献として、司法研修所編『違法収集証拠の証拠能力をめぐる諸問題―裁判例を中心として―』［高木俊夫・大渕敏和］（昭和 63 年・法曹会）3 ～ 228 頁、川出敏裕「最近における覚せい剤事件無罪判決の検討（上・下）」ジュリ 1060 号 37 ～ 45 頁・同 1061 号 144 ～ 151 頁、石井一正『刑事実務証拠法』（第 5 版・平成 23 年・判例タイムズ社）122 ～ 151 頁等がある。

安冨潔先生への献呈論文としては、あまりにも内容的に不十分ではあるが、本稿では、排除法理における行政警察活動又は捜査の違法性と発見・獲得された証拠との因果性について若干の考察を加えてみたい。

Ⅰ　行政警察活動又は捜査における「手順の誤り」としての処理

1　米子銀行強盗事件第 1 審判決（昭和 50 年東京地判）

かつて、米子銀行強盗事件の第 1 審判決において、証拠の発見・獲得に至る迄の行政警察活動の違法性が、捜査手順の誤りに過ぎないことを理由に当該証拠の排除をしない旨判示された[3)]。

事案は、大要、以下の通りであった。手配人相と酷似した 2 人組の職務質問への不自然な対応の故に、口頭による職務質問と密接に関連する不審事由解明の付随処分として、一方の男の所持する無施錠のボーリングバッグを開披して中を一瞥したところ、年齢に不相応な大量の紙幣が発見され、更に、残りの 1 名が所持する施錠したアタッシュケースをこじ開けて、被害銀行の帯封の施された大量の札束を発見した。

上記の事実関係の下では、無施錠のボーリングバッグの開披は適法な所持品検査であるものの、施錠したアタッシュケースのこじ開けは、所持者の意思に明らかに反し、財産の損壊及び遮蔽空間の内容物に対する privacy の侵害に該当するのであるから、事実上の強制にあたり、重大な違法行為によって重要な法益を害したものと評価すべきである[4)]。それ故、当該証拠を排除するのが筋であろう。ところが第 1 審は、既に不審事由が飛躍的に高まっていた状況において、ボーリングバッグを適法に開披したことによって大量の紙幣を発見した時点で当該 2 人組を緊急逮捕し得た筈であるから、アタッシュケースの損壊は逮捕に伴う捜索の必要な処分として実施していたならば適法だったと言えるので、「手順の誤り」に過ぎず、その違法性が小さいことを根拠に当該証拠の排

3）東京地判昭和 50 年 1 月 23 日判時 772 号 34 頁。
4）最（3 小）決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁。

除をしなかった。そして上告審においても、この判断が正当である旨、判示された[5)]。もっとも、本件の控訴審及び上告審は、いわゆる「逮捕に先立つ捜索・差押」に関する昭和36年大法廷判決を引用し[6)]、本件の上告審を担当された岡次郎調査官も同様な解説をしているので[7)]、第1審の採った論理そのものを上告審が採用しているとは断言し難い面もある。

ところで、上記施錠されたアタッシュケースの損壊を伴う開披は、まさに捜索における「必要な処分」としてでなければ許容されない処分である。刑事訴訟法上の明文根拠を要し、無令状処分が許容される要件が厳しく限定されている強制処分を違法に実施したのであるから、その違法性の程度は大きく、判例の用語法に従うならば、「令状主義の精神」を没却する違法であった筈である。手順を誤らなければ適法に当該証拠の発見・獲得ができた筈であるから違法性が軽減されるという本判決の論理は理解し難いものである。むしろ、アタッシュケースのこじ開けは、要件を欠く強制処分である点で重大な違法性を帯びているものの、手順を誤らなければ当該証拠を適法に発見・獲得し得た筈であるという事情は、違法な行政警察活動と当該証拠の発見・獲得との間の因果性を否定する事情であると考えることはできないであろうか。後述するように、米国判例は、第2次Williams判決以降、毒樹果実法理の例外として、実際には違法に発見・獲得した証拠であっても、他の適法な捜査活動によって確実に発見・獲得し得たという関係が肯定し得るのであれば、証拠としての許容性を認める「不可避的発見の法理（Inevitable Discovery Exception）」を採用している[8)]。すなわち、我が国の判例が違法性の高低の問題とした点を、米国判例においては、違法捜査と獲得された証拠との因果性の有無の問題として捉えている訳である。

5）最（3小）判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁。
6）最（大）判昭和36年6月7日刑集15巻6号915頁。
7）『最高裁判所判例解説刑事篇昭和53年度』［岡次郎］221頁。

2　浅草国際通り事件上告審決定（昭和 63 年最決）

上記米子銀行強盗事件第 1 審判決と同様に、判例は、昭和 63 年の浅草国際通り事件上告審決定においても、当該証拠の発見・獲得に至る手続が「手順の誤り」に過ぎないことを理由に証拠の排除をしない旨判示している[9)]。

事案は、大要以下の通りであった。夜間、制服警察官を見て急に向きを変えて歩き去ろうとした男を発見した警察官が職務質問を試みたところ、この男が逃走を図ったため、臨場した応援警察官と合計 4 名で同人を警察署に同行しようと説得する過程で揉み合いになった際、同人の落とした紙包に覚醒剤様の物が入っていたため保管した。最終的に、同人をパトロールカーに乗せて最寄りの警察署に連行したが、連行後、明示の承諾なしに足首付近から覚醒剤様の物と注射器を発見したので、上記 2 点の覚醒剤様の物を試薬検査したところ、覚醒剤反応が得られた段階で所持の被疑事実で現行犯逮捕し、これらを差し押さえた。

第 1 審・控訴審と同様、上告審も男を警察署に同行した措置を任意処分としての相当性を欠く違法な措置である旨、認定した。その一方で、男が連行前に覚醒剤様の物の入った紙包を落とし、これを見分した警察官が覚醒剤であると判断した時点で、男を現行犯逮捕又は緊急逮捕し得たのであるから、同行の際の有形力行使が許容限度を超えるものであったとしても、それは法の執行方法の選択ないし捜査の手順を誤ったに過ぎないので、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとは言えないこと等を根拠に挙げて関連証拠の排除は相当でない旨判示している[10)]。

8）Nix v. Williams, 467U.S.431（1984）.

この判例に関する邦語での解説・紹介として知り得たものに、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅳ』［柳川重規］（平成 24 年・中央大学出版部）729 ～ 742 頁、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第四巻』［関哲夫］（平成元年・成文堂）56 ～ 61 頁、戸松秀典・ジュリ 832 号 84 ～ 88 頁、小早川義則『毒樹の果実論』（平成 22 年・成文堂）368 頁以下がある。

尚、第 2 次 Williams 判決以前から既にこの法理を紹介していた邦語文献として、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（昭和 60 年・弘文堂）404 頁［尚、初出は法協 93 巻 8 号・10 号、94 巻 7 号・9 号、95 巻 1 号・7 号、96 巻 1 号（昭和 51 ～ 54 年）］がある。

9）最（2 小）決昭和 63 年 9 月 16 日刑集 42 巻 7 号 1051 頁。

3　小括

このように米子銀行強盗事件の第1審判決及び浅草国際通り事件上告審決定のいずれもが、証拠の発見・獲得に至る「手順の誤り」の問題を行政警察活動又は捜査における違法の強弱の問題として処理している。もっとも、昭和63年最決を担当された原田國男調査官の解説では、適法な手続によっても得られた筈の証拠だという理由で、手続違反と発見・獲得された証拠との因果性を否定し、当該証拠の許容性を認めるという論理構成を採用する余地もある旨、述べられており、米国判例における「不可避的発見の法理」と類似の見解を採る余地もあるということが示唆されている[11]。

尚、後述する平成15年最判の事案（大津覚醒剤事件）では、逮捕令状を既に入手していた警察官がこれを持参せずに被疑者の任意同行を図ったところ、予想に反して相手方が逃走を図ったために有形力を行使して警察署に連行した点が違法と判示されたのであるから、これも「手順の誤り」と処理する余地が問題となり得る。しかし、前出の米子銀行強盗事件及び浅草国際通り事件は、いずれも時々刻々と事態が変化する行政警察活動の中での「手順の誤り」であるのに対して、平成15年最判の事案は、既に入手していた逮捕令状を敢えて持参しなかったという事案であるのだから、適法な手段を選択する余裕の有無という点で全く異なる。また、大津覚醒剤事件上告審判決において、逮捕令状に執行場所・日時に関して虚偽の記入をして返納した点、連行にあたった警察官が公判期日において偽証をした点を指摘し、令状制度と法規範を無視する警察官の態度を殊更に問題視しているのも、事後的な行為を遡及させるのではなく、むしろ、本件捜査を担当した警察官には当初から令状制度の意義・法規範を無視する姿勢があって、それが事後の逮捕令状に虚偽の記入をした上での返納、公判期日における偽証に現れたものと評価しているのであろう。このような発

10）同様な論理構成を採った裁判例として知り得たものに、札幌高判昭和57年10月28日判時1079号142頁、東京地判昭和50年11月7日判時811号118頁、広島高岡山支判昭和56年8月7日判タ454号168頁がある。

11）『最高裁判所判例解説刑事篇昭和63年度』［原田國男］343～344頁。

想で、大津覚醒剤事件上告審判決においては、「手順の誤り」に過ぎないという論理構成が採用されるには至らなかったものと思われる。

Ⅱ　排除法理における毒樹果実法理と「違法の承継論」の位置付け

我が国においては、①重大な違法捜査によって得られた第一次証拠を情報源として発見・獲得された派生証拠の許容性に関しては、毒樹果実法理が機能するのに対し、②先行する重大な違法手続に引き続いてなされた後行手続において発見・獲得された証拠の証拠能力に関しては、「違法の承継論」が妥当するという見方が裁判実務に定着しているように思われる。恐らくこれは、毒樹果実法理の妥当する範囲を上記①の場合に絞り込んだ理解をしてしまったため、これとは似て非なる②の場合にも、毒樹果実法理が機能しない間隙を埋め、排除法理が機能するための論理として、昭和 61 年最判において編み出された構成であり[12]、その後も、前出の昭和 63 年最決[13]、平成 6 年最決[14]、平成 7 年最決[15]、後述の平成 15 年最判（大津覚醒剤事件上告審判決）[16]に踏襲されてきたものである。

しかしながら、既に、川出敏裕教授・柳川重規教授を始めとする優れた先行研究が示しているように、端的に、重大な違法捜査又は行政警察活動と得られた当該証拠との間に因果性があることを肯定し得るのであれば、敢えて毒樹果実法理と「違法の承継論」のいずれを適用すべきか検討することに合理性があるとは思えない[17]。そもそも、米国において「一定の手段による証拠の獲得

12）最（2 小）判昭和 61 年 4 月 25 日刑集 40 巻 3 号 215 頁。
13）前出・最決昭和 63 年 9 月 16 日。
14）最（3 小）決平成 6 年 9 月 16 日刑集 48 巻 6 号 420 頁。
15）最（3 小）決平成 7 年 5 月 30 日刑集 49 巻 5 号 703 頁。
16）最（2 小）判平成 15 年 2 月 14 日刑集 57 巻 2 号 121 頁。
17）例えば、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』（平成 10 年・有斐閣）517 ～ 520 頁、柳川重規「毒樹果実法理の適用と裁判所の証拠排除権限」新報 101 巻 3=4 号 213 頁以下。

を禁止する規定の本質は、単に、そのようにして獲得された証拠は裁判所の面前において用いてはならないというにとどまらず、およそ利用されてはならないということである。」「（訴追側自身の違法行為によって知り得たことは）単にそれが派生的に用いられるという理由だけで用いることができない。」旨、判示したSilverthorne判決にその萌芽があり[18]、その後、第2次Nardone判決において、Silverthorne判決を引用しつつ採用された毒樹果実法理は[19]、先行する違法捜査が当該証拠の発見・獲得に繋がった場合に、因果性のある全ての証拠を排除するという程度の意味でも用いられている[20]。すなわち、派生証拠に限らず第一次証拠の排除をも含む概念なのである[21]。このように考えれば、米国の判例法理に影響を受けて違法収集証拠の排除法理を採用した筈の我が国において、毒樹果実法理と「違法の承継論」とを別々のものであるかのように使い分けることは、法の継受という観点から、些か奇異であるとも言える。

「違法の承継論」は、行政処分の取消訴訟に関して確立した理論であり[22]、これに着想を得て排除法理への転用がなされたものであろうと思われる。確かに、行政処分の取消訴訟の場合ならば、たとえ先行行為に違法性があろうとも、後行の行政処分自体に違法性がないのであれば、これを取り消すことができなくなってしまうので、救済の実効性を上げるためには、先行行為の違法性が後行行為に影響しこれをも違法とするという論理が必要になる。しかし、古江頼隆教授が指摘される通り、違法収集証拠の排除法理においては、必ずしも当該証拠が発見・獲得された直近行為が違法であると構成しなくても、当初の行政

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

19）Nardone v. United States, 308U.S.338, at 340-341（1939）.

20）Robert F. Maguire, *How to Unpoison the Fruit － The Fourth Amendment and the Exclusionary Rule*, 55 J.Crim.L.& Criminology and P.S.507, at 508（1964）; Robert M. Pitler, *"The Fruit of the Poisonous Tree" Revisited and Shepardized*, 56 Cal.L.Rev. 579, at 586（1968）.

21）Wayne R. LaFave, Search and Seizure §11.4.（4th ed. 2004）.

22）塩野宏『行政法Ⅰ』（第5版補訂版・平成25年・有斐閣）148頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（第5版・平成25年・有斐閣）343頁、櫻井敬子・橋本博之『行政法』（第4版・平成25年・弘文堂）94～95頁等。

警察活動又は捜査が違法であれば、当該証拠の発見・獲得との因果性を認め得る限り、証拠排除という結論を導き出すに際して支障はない筈である[23)]。

Ⅲ　平成 15 年最判（大津覚醒剤事件）の検討

1 「違法の承継論」

最高裁判所は、昭和 53 年 9 月 7 日の天王寺覚醒剤事件上告審判決以降、上告審に係属した事案に関して繰り返し、当該行政警察活動又は捜査は違法ではあるが獲得された証拠の排除は不相当である旨、判示してきた。恐らくその理由は、上告審に係属する事件がいずれも任意処分としての相当性を欠くにとどまるものであったため、判例の用語に言う令状主義の精神を没却する「ような」違法、つまり令状主義の精神を没却する違法に近いものの未だそれに達しない段階に止まっていたのであると思われる。それ故、事件の重大性・当該証拠の重要性等との総合判断で排除不相当という結論に至ったものであろう[24)]。これに対して平成 15 年最判（大津覚醒剤事件）の事案においては、逮捕令状の執行も緊急執行もないにも拘わらず、相手方を制圧し、手錠・腰縄を付けた上で警察車両に押し込んで警察署に連行したという事実上の強制処分が強制処分法定主義に反し、令状審査の意義に反する事案であったから、違法の程度は判例の用語に言う令状主義の精神を（まさに）没却する程度に達していた。第一次関連証拠である尿鑑定書が証拠排除された理由としては、この違法の重大性が挙げられよう。

筆者は既に、本稿のⅡにおいて、毒樹果実法理と「違法の承継論」の二元的構成を採る我が国の判例法理に対して疑問を呈示し、当初の違法な行政警察活動又は捜査と当該証拠の発見・獲得との間に因果性を肯定し得る限り、排除法理が機能すると見るべき旨を論じた。とはいえ、今後も当分の間、毒樹果実法

23）古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（平成 23 年・有斐閣）291 頁。

24）いずれも前出の最判昭和 53 年 9 月 7 日、最判昭和 61 年 4 月 25 日、最決昭和 63 年 9 月 16 日、最決平成 6 年 9 月 16 日、最決平成 7 年 5 月 30 日。

理と「違法の承継論」とを区別するという思考方法を裁判実務は猶も使い続けるであろうと思われる。そこで、一応、この判例法理に従って、①被告人の尿鑑定書が証拠排除された論拠、②被告人宅から発見され、差し押さえられた覚醒剤粉末の位置づけを確認しておく必要もあろう。

事案は、大要、以下の通りであった。窃盗被疑事実に関し、逮捕令状と自宅の捜索差押許可状とが既に発付されていた男の自宅に警察官が逮捕令状を持参せずに赴き、警察署への任意同行を求めたところ、男が逃走を図り、これを警察官が制圧し、手錠・腰縄を付けてパトロールカーに押し込んで警察署に連行した。取調中、男が覚醒剤依存者特有の顔つきであることに気付いた警察官が尿の任意提出を求め、これを鑑定したところ、覚醒剤反応が得られたため、男は覚せい剤取締法違反（自己使用）の被疑事実で逮捕され、この被疑事実に関して男の自宅を捜索すべき場所とする捜索差押許可状が得られた。その後、男の自宅で窃盗被疑事実の捜索差押許可状と覚せい剤取締法違反の捜索差押許可状の 2 通同時執行したところ、窃盗事件の盗品と覚醒剤結晶が差し押さえられた。

上告審は、窃盗事件の逮捕令状を執行することなく、意思を制圧して身柄を連行した点を重大な違法と捉え、その後の身柄状態を利用した尿の任意提出は、先行する違法捜査と密接関連する旨判示して尿鑑定書の証拠能力を否定した。

昭和 61 年最判でいわゆる「違法の承継論」を採用して以来、それ自体は適法と評価し得る証拠の発見・獲得行為に先立つ行政警察活動・捜査の違法性があり、当該違法行為が当該証拠の発見・獲得という同一目的に直接利用される関係にある場合には、先行する違法行為が後行する証拠発見・獲得行為に影響してこれに違法性を帯びさせるが故に証拠排除の対象になり得るというのが判例法理であった。ところが、平成 15 年上告審判決においては、同一目的・直接利用という文言が用いられる代わりに、密接関連という文言が用いられた。この「同一目的・直接利用」という文言は、違法な行政警察活動・捜査と当該証拠との因果性に絞りをかけようとの意図で用いられた可能性もある概念であり、それなりの意義はあった。もっとも、大津覚醒剤事件上告審判決において

「同一目的・直接利用」に代えて「密接関連」という文言を用いた点は、以下のように解し得よう。すなわち、従来「違法の承継論」で処理されてきた事案においては、先行した違法捜査・行政警察活動と後行した証拠の発見・獲得とが、同一被疑事実であったが故に「同一目的・直接利用」という枠に収まっていたが、大津覚醒剤事件においては、先行する違法が生じた被疑事実と後行する証拠発見・獲得の対象となる被疑事実とが別々であったため、もはや「同一目的・直接利用」という枠に収まらないために、「密接関連」という語句が用いられたのであろう。違法な行政警察活動又は捜査を契機として発見・獲得された証拠が当初の被疑事実とは別のものであっても、猶、「違法の承継論」の対象になり得ることを示したことに意義があると言えよう。

2　毒樹果実法理の例外としての「不可避的発見の法理」

大津覚醒剤事件上告審判決では、第一次証拠たる尿鑑定書の証拠能力を否定していながら、何故、派生証拠である覚醒剤結晶を証拠から排除していないのであろうか。本件を担当された朝山芳史調査官は、米国判例が採る「不可避的発見の法理」に依拠した可能性を示唆している[25)]。本稿のⅠにおいて触れた通り、「不可避的発見の法理」は、違法捜査によって得られた第一次証拠を情報源として発見・獲得された第二次証拠以下の派生証拠であっても、他の適法な方法によって当該証拠を発見・獲得することが確実・必然的である場合には、当該派生証拠の許容性を例外的に認めることができる旨、第2次 Williams 判決において判示されたものである[26)]。違法捜査によって得られた情報を基に発見・獲得されたということは、「規範的」には捜査機関は発見・獲得していないものとして扱うべきなのであるから、他の適法な手段によっても確実に当該証拠が発見・獲得されたというのであれば、違法捜査と当該証拠の発見・獲得との因果性はないものと見るべきであろう[27)]。

25）『最高裁判所判例解説刑事篇平成 15 年度』［朝山芳史］51 ～ 52 頁。

26）Nix v. Williams, *supra* note 8.

勿論、現実には違法捜査によって得られた情報に基づいて当該証拠は発見・獲得されているのであって、他の適法な手段によって発見・獲得された可能性は仮定的であるに過ぎない。そこで、適法に当該証拠が発見・獲得された可能性は高度の確実性・必然性を持っていなければ、違法捜査との因果性を否定することはできない[28]。第2次Williams判決の事案では、警察官が憲法違反に該当する取調によって得た自白を情報源として被害児童の遺体を発見・保全したものの、その当時、大勢の地域住民が加わった大規模な集団が編成され、特に「水路・溝は入念に調べるように」等の具体的な指示の下で、徹底的且つ周到に被害者・遺留品を探す活動が展開されており、その内の一隊は被害児童の遺体があった場所迄、僅か2.5マイル[29]の地点に達していたので、3～4時間もあれば完全に適法に被害児童の遺体を発見・保全することができた筈であった。大津覚醒剤事件においては、覚せい剤取締法違反被疑事件（自己使用）についての捜索差押許可状は、上述のように排除されるべき証拠である尿鑑定書を疎明資料として得られているので、これによる派生証拠たる覚醒剤結晶の発見・獲得は許容されない筈である。それ故、適法に得られていた窃盗被疑事件の捜索差押許可状によって、当該覚醒剤結晶も必然的・不可避的に発見されたという関係がなければならない（例えば、盗品と全く同じ隠匿場所に覚醒剤結晶も置かれていた等）。更に、覚せい剤取締法違反（自己使用）に関する捜索差押許可状が排除されるべき証拠を疎明資料として発せられている以上は、この令状に基づいて証拠物を差し押さえることも許されない筈である。幸い、覚醒剤の自己使用と所持とは覚せい剤取締法上、別々の構成要件であるから、既に自己使用で逮捕・勾留されている被疑者であっても、捜索の結果、所持の事実が判明すれば、所持の現行犯で新たに現行犯逮捕することも可能であり、

27）Note, *Inevitable Discovery : The Hypothetical Independent Source Exception to the Exclusionary Rule*, 5 Hofstra L. Rev. 137（1976）; La Count & Griese, *The "Inevitable Discovery" Rule, an Evolving Exception to the Constitutional Exclusionary Rule*, 40 Albany L. Rev. 483（1976）.

28）*The Supreme Court, 1983 Term*, 98 Harv L.Rev. 87, 127-128（1984）.

29）概ね4㎞である。

これに伴う無令状の捜索・差押も許容される。被疑者が窃盗被疑事実での捜索令状執行に立ち会っていれば、覚醒剤結晶を発見した後は、覚醒剤の所持での現行犯逮捕、それに伴う無令状差押が適法になされた筈である。このように考えれば、覚醒剤結晶の発見・獲得はいずれも適法になされたことが確実・不可避だと言えるので、「不可避的発見の法理」による毒樹果実法理の例外という構成は十分に考えられるところだったと言えよう。

尚、かつて筆者は、大津覚醒剤事件上告審判決に対して、部分的に本稿とは異なる見方を発表したが、上述のように考えるに至ったので、当該部分を撤回したい[30]。

3　毒樹果実法理の例外としての稀釈法理の可能性

大津覚醒剤事件上告審判決において、第二次証拠たる覚醒剤結晶の差押に関しては司法審査を経たことが当該証拠を排除しない理由として挙げられている。担当した朝山調査官は、この点が、「不可避的発見」の点と相俟って捜査の違法性と当該証拠の発見・獲得との因果性を薄める事情である旨示唆している[31]。派生証拠が捜索・差押に先立って司法審査を経ているという事情は、確かに、本稿のⅣで取り上げる平成 21 年最決においても言及されているが[32]、何故、派生証拠が事前の令状審査を経て発見・獲得されたならば違法性が稀釈されるのかは不明である。事実、派生証拠の捜索・差押に先立って令状審査を経ていることを稀釈の理由とすることには批判が強い[33]。

そもそも稀釈法理（Attenuation Exception）とは、米国の第 2 次 Nardone 判決において、「違法捜査と当該証拠との関係が極めて稀薄なため、その汚染が除去されている」場合には、因果性が遮断されるので、毒樹果実法理の例外とし

30）清水真・新報 110 巻 9=10 号 243 ～ 244 頁。

31）［朝山］・前掲注 25）52 ～ 53 頁。

32）最（3 小）決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 巻 7 号 868 頁。

33）佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法教 275 号 38 頁以下、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」［杉田発言］法教 328 号 79 頁等。

て派生証拠の許容性を認め得ると判示されたものの[34]、その後の判例の中で、いかなる事情があれば違法性が稀釈されたと言えるのかという点に関して明確に基準を判示したものはない[35]。少なくとも、派生証拠の捜索・差押が事前の令状審査を経ただけでその違法性を稀釈されるという論理構成を採った裁判例は米国には見出し得ない。当初の違法捜査の事実関係を知った上で、猶、令状発付がなされたというのならば、裁判官がいわば当初の捜査に対して違法ではない旨の「御墨付」を与えたことになるので、当該令状を執行した捜査官には意図的に違法捜査を利用したとは言えなくなるのかも知れないが、大津覚醒剤事件の事案は、裁判官が当初の違法な連行を知らず、尿鑑定書がその違法な連行後の身柄拘束状態を利用して得られたものだという事実も知り得ない状態で発した令状の執行なので、事案を異にする。結論として、大津覚醒剤事件において稀釈法理は採り得ないものと考える。上告審判決が令状審査の点に言及しているのは、少なくとも派生証拠の捜索・差押に関しては新たな手続違反を犯していなかったことを付加的に述べたという程度に理解すべきであろう。

Ⅳ　平成 21 年最決の検討

1　毒樹果実法理

本稿Ⅱ及びⅢでも述べたように、米国判例法理で採られている本来の毒樹果実法理は、我が国で言うところの狭義の毒樹果実法理と「違法の承継論」の双方を含む概念なのであるから、平成 21 年最決の事案における覚醒剤結晶の扱いを毒樹果実法理の問題として扱うべきか、それとも「違法の承継論」の問題として扱うべきかについて、多くの紙幅を割くことには実益が乏しく、本意ではない。しかし、既に確立した我が国の裁判実務を前提として議論する場合、この点は避け得ないので、敢えて検討してみたい。

平成 21 年最決の事案は、大要、以下の通りであった。大阪府警察本部生活

34）Nardone v. United States, *supra* note 19, at 341.

35）小早川・前掲注 8）497 〜 498 頁等。

安全部は、①覚醒剤営利目的所持の被疑事実で逮捕した複数の被疑者から得られた供述を基に、②大阪市内にある暴力団のダミー会社事務所を半年間張り込み、同事務所にタクシーで乗り付ける客らが事務所内の男達から茶封筒を受け取る様子等を現認した他、③同事務所関係者が覚醒剤取引に関与している者及び東京都内の暴力団員の金融機関口座に多額の金を振り込んでいたこと、④覚醒剤営利目的所持の被疑事実で逮捕された者の携帯端末に上記事務所の電話番号等が登録されていたこと等を確認した。その上で同事務所宛に送られる予定の宅配便梱包物を宅配便業者営業所長の承諾を得て借り受け、大阪税関関西国際空港支署のエックス線検査装置を用いて 5 度に亘って検査した。その結果、最初に実施された 1 回分については内容物が和菓子であろうと思われたものの、後に実施された 4 回分については⑤長方形の箱に均質な射影が確認された。上記①から⑤で得られた証拠を疎明資料として上記事務所等を捜索場所とする捜索差押許可状が発せられ、これを執行した結果、覚醒剤結晶が発見され、差し押さえられた。

上告審は、宅配便梱包物に対するエックス線検査について検証としての性格を有するにも拘わらず無令状で実施されていることを理由に違法である旨判示しつつ[36]、a. 本件エックス線検査結果以外の証拠も疎明資料となっていたこと、b. 捜査官は検査対象を限定する配慮をしていたこと、c. 捜査官に令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとは言えないこと等を根拠に、証拠収集過程に重大な違法があるとまでは言えず、その他、証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、証拠能力を肯定することができる旨、判示した。

本件上告審決定の中で、a の点を違法性判断の事情として挙げている点は些か不可解である。本件を担当された増田啓祐調査官自身も、覚醒剤結晶はエックス線写真を毒樹とする果実である旨、述べているので[37]、むしろ、本件を

36）本件を含め、機器を用いた遮蔽空間の内容物の把握による捜査方法の違法性を判断する基準については、清水真「捜査方法としての遮蔽空間の探知に関する考察」明治大学法科大学院論集 8 号 31 ～ 44 頁を参照。

37）『最高裁判所判例解説刑事篇平成 21 年度』［増田啓祐］（法曹会）405 頁。

毒樹果実法理の例外に該当する事例であると捉えた上で、当初のエックス線検査の違法性との因果性を遮断する事情として考えるべきであろう[38]。

2　毒樹果実法理の例外としての独立入手源法理

何故、本件事案においては当初の違法なエックス線検査と派生証拠たる覚醒剤結晶との因果性を否定し得るのであろうか。端的に言えば、エックス線検査結果なかりし場合と雖も、他の疎明資料だけでも十分に本件捜索差押許可状が発付された筈だからである[39]。

米国判例においては、Silverthorne 判決の中で既に、「仮に、独立の源から得られるのであれば、立証に用いられて良い」との見方が示され[40]、この考え方は第 2 次 Nardone 判決[41]・Wong Sun 判決[42]等に受け継がれ、独立入手源法理（Independent Source Exception）として定着してきた。独立入手源法理は、実際に派生証拠が発見・獲得されている点において不可避的発見の法理とは異なる。また、派生証拠の発見・獲得に現実に用いられた疎明資料の中から違法収集証拠を取り除いても猶、他の適法に得られた証拠のみを疎明資料として捜索令状が得られたか否かを判断するという作業は、実際には適法な発見手段が機能しなかった不可避的発見の法理とはベクトルの向きが正反対の思考方法を経ることになる。とはいえ、独立入手源法理の亜形であるとも言えよう[43]。

おわりに

筆者のささやかな教育経験に照らせば、多くの法学部生・法科大学院生を困

38）同旨、平良木登規男・椎橋隆幸・加藤克佳編『判例講義刑事訴訟法』［壇上弘文］（平成 24 年・悠々社）84 頁。

39）［増田］・前掲注 37）409 頁。

40）Silverthorne Lumber Co. v. United States, *supra* note 18, at 392.

41）Nardone v. United States, *supra* note 19, at 341.

42）Wong Sun v. United States, 371 U.S.471, at 484-485（1963）

43）井上・前掲注 8）404 頁、小早川・前掲注 8）500 頁等。

惑させる論点の一つが毒樹果実法理と「違法の承継論」の使い分けであり、同様に、「手順の誤り」に過ぎないことを根拠として排除しないという論理である。しかし、法学部生・法科大学院生の困惑の原因は、実は、毒樹果実法理に関する「日本的な」限定的理解と間隙を埋めるために編み出された「違法の承継論」である。また、「手順の誤り」論をも含め、本来は、全て因果性の遮断として処理すべきところを違法性の減少として説明しようとするところに、問題がある。以上の点を裁判実務・学説は意識すべきである。

また、大津覚醒剤事件上告審判決、及び、平成21年最決においては、派生証拠について、あまりにも多くの事情を挙げて証拠能力を許容しているために、いかなる論理で当該証拠を排除しなかったのか、何が最も重要な事情だったのかという点が不明確になっているように思われる。前者が「不可避的発見の法理」、後者が「独立入手源法理」によって違法捜査との因果性を否定すべき事案であったことを明瞭にすべきであった。

以上のような問題意識から本稿を執筆してみた次第である。

尚、捜査の違法性と排除の相当性との関係について、筆者は、①要件を欠いた強制処分＝判例の用語法に従えば、令状主義の精神を没却するであるならば、敢えて排除の相当性の有無を吟味する必要がなく、関連証拠は排除される。他方で、②違法性が任意捜査としての相当性を欠如する水準にとどまる場合＝判例の用語法に従えば、令状主義の精神を没却するような場合については排除の相当性を総合的に考慮すると考えるならば、大半の裁判例を矛盾なく説明できるであろうと考えるが、これらの点については他日を期して別稿を発表したいと思う。

［追記］

安冨潔先生に初めてお目にかかったのは、昭和 59 年、中央大学に付置されている日本比較法研究所の米国刑事法研究会の場でした。それ以来、30 年間、様々な機会に懇切丁寧な御教えを受け、また、共著者・共編者として数多くの執筆機会を頂戴し、更には慶應義塾大学法学部へ出講する機会をも設けて頂きました。私自身が、昨年、眼疾のために 2 度にわたる手術を経験し、今猶、視力の回復途上にある関係上、内外の文献の検討も十分ではなく内容的に貧弱な論文を御捧げすることになり、誠に申し訳なき限りでございますが、これ迄の大恩に深く感謝し、謹んでこの論文を御捧げ致します。