

論説 違法収集証拠排除法則における違法の重大性判断と主観的事実

著者	守田 智保子
雑誌名	筑波法政
巻	83
ページ	11-34
発行年	2020-07-10
URL	http://hdl.handle.net/2241/00160658

違法収集証拠排除法則における 違法の重大性判断と主観的事情

守田智保子

1. はじめに

我が国の最高裁が違法収集証拠排除法則（以下、「排除法則」とする。）の採用を理論上認めてから40年以上が、実際の証拠排除をしてから15年以上が経過した。証拠排除にあたっては、最高裁が示した排除要件とされる違法の重大性および排除相当性が検討されるが、特に違法の重大性を検討する際には主観的事情としての警察官の「令状主義潜脱の意図」が重視されると指摘されてきた。しかし、最近の下級審レベルでの証拠排除事例を確認すると、そこには若干の展開があるように思われる。そのことを検討するにあたり、本稿では、第一に、最高裁判例における証拠排除の判断にあたって考慮されてきた主観的事情について確認し、第二に、下級審レベルで証拠排除が認められた最近の事例において主観的事情がどのように考慮されているのかを確認する。そして、これらを踏まえて、主観的事情の考慮の変化がわが国の排除法則にもたらし得る影響について触れる。

2. 最高裁判例

本稿は、最近の下級審において証拠排除が認められた裁判例を確認し、排除要件に関する従来の議論への示唆を得ようとするものであるが、その前提として、証拠排除に関する最高裁判例を簡略ながら確認したい。

（1）証拠排除を否定した最高裁判例

我が国の最高裁は、最一小判昭和53年9月7日¹（以下、「昭和53年判決」とする。）において、初めて排除法則の採用を理論上認めた。そこでは、証拠排除の要件として、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」（違法の重大性）があることと、「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」こと（排除相当性）の二点が示された。しかし、本判決は、被告人の明確な承諾なしにその上衣左ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したという所持品検査と、これによって発見された覚せい剤の試薬検査の結果に基づく現行犯逮捕に伴う覚せい剤等の差押えを違法であるとしつつも、「職務質問の要件が存在し、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかった被告人に対し」、「所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたものに過ぎない」上、警察官に「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められない」として押収手続の違法の重大性を否定し、排除相当性もないとして証拠排除を認めなかった。

続く最二小判昭和61年4月25日²（以下、「昭和61年判決」とする。）は、先行する違法手続とそれに後行する手続との間の因果関係の判断において、それらの手続の間に同一目的・直接利用の関係が認められた場合には後行手続にも違法性が認められるとした。本判決は、違法な被告人方への立入りと任意同行の後に行われた採尿について、「被告人方への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連

1 刑集32巻6号1672頁。

2 刑集40巻3号215頁。

の手續きと採尿手續は、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、採尿手續は右一連の手續によりもたらされた状態を直接利用してなされていること」を認めつつも、被告人方への立入りが、警察官において「当初から無断で立ち入る意図はなく」、被告人の承諾を求める行為に出たことや、任意同行の際に有形力が行使されておらず、また警察署でもその場に留まることを強要する言動がないこと、そして警察署で行われた採尿手續自体は被告人の応諾によって行われたことなどから、「本件採尿手續の帶有する違法の程度は、いまだ重大であるとはいえず、本件尿の鑑定書を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められない」として、尿の鑑定書の証拠排除を否定した。

このように、証拠排除の検討にあたっては警察官の「意図」がないことが考慮に入れられており、その後もこれが維持されている。即ち、最二小決昭和63年9月16日³（以下、「昭和63年決定」とする。）は、暴れる被告人を取り押さえながら警察署に同行した後に無承諾で被告人の靴下の中から覚せい剤を取り出す態様で行われた所持品検査は違法であり、これらによってもたらされた状態を直接利用して行われた採尿も違法性を帯びるとしつつも、本件の具体的状況の下では被告人を覚せい剤所持で現行犯逮捕あるいは緊急逮捕をすることも可能であり、「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いとはいえないこと、警察官らの有形力の行使には暴力的な点がなく、被告人の抵抗を排するためにやむを得ずとられた措置であること、警察官において令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、採尿手續自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づいて行われていることなどの事情」から、所持品検査および採尿手續の違法の重大性を否定し、これら一連の手續によって獲得された覚せい剤と尿およびその鑑定書等の証拠排除を否定した。

最三小決平成6年9月16日⁴（以下、「平成6年決定」とする。）は、任意同行の説得のため被告人の車のエンジンキーを取り上げる等して行われた約6時間半以上にわたる留置きを、「被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法といわざるを得ない」としつつも、警察官による有形力行使が必要最低限度であり、車を運転して立ち去ろうとする被告人に覚せい剤中毒が疑われ交通警察の面からも留め置く必要性が高かったこと、被告人が任意同行を頑なに拒否し続けたという事情から、「結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるということができ、右のような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。…その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない」とし、任意同行後に行われた「本件強制採尿手續自体には違法な点はないことからすれば、職務質問から強制採尿手續に至る一連の手續を全体として見た場合に、その手續全体を違法と評価し、これによって得られた証拠を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとも認められない」として、尿の鑑定書の証拠能力を肯定した。

その後の最一小決平成15年5月26日⁵（以下、「平成15年決定」とする。）は、ホテルからの通報を受けた警察官らが、被告人に対し職務質問を行うために被告人が宿泊するホテル客室に赴いた際に被告人がドアを閉めようとするのを阻止した措置と、客室内にて所持品検査を行う際に暴れる全裸の被告人を約30分にわたり押さえつけていたという制圧行為が問題となったものである。本決定は、ドアを閉めるのを阻止した措置を本件の具体的状況の下では適法であるとした上、覚せい剤事犯の嫌疑が「飛躍的に高まっていた」こと、証拠が存在する蓋然性とその散逸のおそれが高かったこと、そして被告人からの明確な拒否がなかったことから、本件所持品検査を「適法に行い得るものであった」としたが、その際の制圧行為については「職務質問に付随するものとしては、許容限度を超えており、そのような状況の下で実施された上記所持品検査の適否にも影響するところがあると考えられる」とした。しかし、殴りかかろうとする被告人

3 刑集42巻7号1051頁。

4 刑集48巻6号420頁。

5 刑集57巻5号620頁。

を公務執行妨害で現行犯逮捕をすることも可能と考えられる状況下において、これに対応した結果として制圧行為が継続されたものであり、警察官らに「令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があった証拠はない。したがって、上記行為が職務質問に付随するものとしては許容限度を超えていたとの点は、いずれにしても、財布に係る所持品検査によって発見された証拠を違法収集証拠として排除することに結びつくものではないというべきである」として、所持品検査によって発見された覚せい剤およびその後の現行犯逮捕等の手続によって得られた証拠の排除を否定した。

これらのように職務質問およびそれに付随して行われた所持品検査や任意同行が許容される範囲を逸脱し違法であるとされたもののほか、無令状での強制処分が違法とされたものとして最三小決平成21年9月28日⁶（以下、「平成21年決定」とする。）がある。本決定は、エックス線検査は射影によって内容物を特定し得る性質上、「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシーを大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される」とし、宅配業者の運送過程にある荷物を荷送人および荷受人の承諾を得ずに宅配業者から借り受けて内容物を観察した本件エックス線検査を違法とした。証拠能力が争われたのは、本件エックス線検査の射影の写真を疎明資料として発付された令状による捜索で発見された覚せい剤等についてであるが、「本件エックス線検査が行われた当時、〔本件荷物の送り先である〕本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質の必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実に占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと」のほか、本件覚せい剤等の証拠は、司法審査を経た捜索差押令状の執行により発見したことやその疎明資料として他の資料も提出されていたことを挙げて、「その証拠収集過程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、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である」とした⁷。

以上のように、処分や手続が違法であるというだけでなく、違法の重大性と排除相当性という排除要件が認められた場合に初めて証拠排除が認められるという昭和53年判決に従った判断がなされてきた。いずれも違法の重大性判断の際に、違法の程度を低下させる方向で、客観的事情として違法が行われた状況やその程度が、更に主観的事情として警察官の「令状主義潜脱の意図」の不存在が考慮されてきたといえる。

（2）証拠排除を肯定した最高裁判例

最二判平成15年2月14日⁸（以下、「平成15年判決」とする。）は、令状呈示せずに窃盗の被疑事実での逮捕がなされた後、採尿が行われ、その結果得られた尿とその鑑定書の証拠能力と、これらの証拠を疎明資料として発付された捜索差押許可状と窃盗の被疑事実についての捜索差押許可状の同時執行の結果発見された覚せい剤およびその鑑定書の証拠能力が争われたものである。また、警察官は、令状呈示をして逮捕した旨の虚偽を逮捕令状および捜査報告書に記載し、後に公判廷においてそれと同旨の証言をした。

本判決は、「本件逮捕には、逮捕時に令状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もなされていない…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、…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

6 刑集63巻7号868頁。

7 本決定で違法の重大性が否定されたのは、エックス線検査によって撮影された写真を疎明資料として得られた令状によって獲得された覚せい剤等の証拠能力肯定の箇所であり、エックス線検査自体の違法の重大性について明確に述べられてはいない。しかし、その際に、エックス線検査の必要性があることや警察官の令状主義潜脱の意図が否定されたという文脈からは、全体として違法の重大性が否定されたものと考え得る。この点につき、笹倉宏紀「判批」平成21年度重要判例解説208頁、210頁。なお、緑大輔「判批」速報判例解説6号209頁（2010年）、212頁。

8 刑集57巻2号121頁。

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」とした上で、「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」とし、尿の鑑定書の証拠能力を否定した⁹。なお、本件採尿の後に行われた被告人方に対する捜索により発見された覚せい剤およびその鑑定書については、「司法審査を経て発付された捜索差押え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」、排除証拠である尿の鑑定書と本件差押えには密接関連性がないとして、証拠能力を肯定した。

平成15年判決では、逮捕手続に「令状主義の精神を潜脱し、没却する重大な」違法を認め、その後に行われた採尿によって得た証拠を排除しており、これが我が国の最高裁における最初の証拠排除事例となった。警察官の主観的事情が重視されたことは、昭和53年判決では示されていなかった令状主義の精神の「潜脱」の語を加えていることにもあらわれていると言われており¹⁰、他の最高裁判例において警察官の「意図」の不存在が証拠排除を否定する方向で働いたと評価される一方¹¹、本件では、緊急執行を行わずに令状の呈示なく逮捕したこと、警察官による逮捕令状および捜査報告書への虚偽記載をしたこと、そして公判廷で虚偽の証言をしたことを含む警察官の法無視の態度が「総合的に考慮」され、「令状主義潜脱の意図」の存在が証拠排除を肯定する方向に用いられた¹²。

(3) 排除要件とその考慮要素

前述昭和53年判決において示された証拠排除の要件としての違法の重大性と排除相当性の関係については、両者を満たすことが要求されると解する重畳説と、いずれか一方を満たせば足りるとする競合説が唱えられてきたが、一般的には、違法の重大性が認められる場合には排除相当性もまた認められると考えられる¹³。たしかに、競合説¹⁴を前提として、事後の警察官の行為・態度が悪質であるとか違法は重大とまで言えなくとも類発するというような場合には、将来の違法捜査抑制の目的を強調して証拠排除をする余地もあり得る。また、違法の重大性はなくとも証拠排除することが将来の違法捜査抑制の見地からは求められるという可能性があることで、証拠排除の範囲が重畳説の場合よりも理論上は広がることになるとも考えられる。しかし、違法捜査抑制を強調して警察官の主観面を考慮することは、警察官が違法であることを意識していなかった場合には違法捜査の抑止に役立たないことを根拠として証拠排除が否定されることに繋がりはないか。このことは、違法捜査抑制を強調するアメリカ法における「善意の例外」が排除法則にもたらした消極的影響が示唆するところでもある。

証拠排除を否定した昭和53年判決が違法の重大性を否定し「違法な捜査の抑制の見地に立ってみても(傍点筆者)」排除相当性が認められないとしたことや、証拠排除を肯定した平成15年判決が逮捕令状の不携帯という手続的違法に加えてその後の事情も考慮に入れて手続全体の違法を重大であるとした後に「違法捜査抑制の見地からも相当でない(傍点筆者)」と述べた文脈からは、少なくとも最高裁としては競合

9 平成15年判決では、昭和61年判決の示した「同一目的」「直接利用」ではなく、「密接な関連」の語が使われている。これは、平成15年判決では、先行行為である窃盗の逮捕手続と覚せい剤事犯のための後行手続との間に同一目的の関係が認められないことによるが、違法な先行手続の違法が重大である場合には、それと密接関連性が認められた場合には後行手続もまた違法となることを示したものであり、昭和61年判決の判断方法を実質的に変更したものではないという指摘がある。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、41頁。

10 松田岳士「違法収集証拠の証拠能力」法学教室389号24頁(2013年)、32-33頁。

11 水野智幸「違法収集証拠排除法則の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題』285頁(成文堂、2008年)、290頁。

12 朝山・前掲注(9)、36頁。

13 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996年)、403頁。

14 昭和53年判決について競合説から説明するものとして、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂、1985年)、556-557頁。

説に立ってはいないと解されており¹⁵、重畳説からの説明が素直なように思われる。最高裁が重畳説的見解をとるのか競合説的見解をとるのかについては不明瞭であるとする指摘もあるものの¹⁶、事実、最高裁が違法の重大性を否定したのにもかかわらず排除相当性を認めたという例が存在しないことから、最高裁としては重畳説的見解を採用しているものと考えられる。

最高裁では、違法性判断の後に、諸事情を考慮して証拠排除の判断をするという「二段階」の判断枠組が採用されていると説明される¹⁷。このような判断枠組によれば、ある警察活動に対し違法であるとしつつも、結局は証拠排除を認めない場合もあり得る。このことは、証拠排除をせずとも、ある警察活動に対する違法を宣言する点で意義を有し¹⁸、また、警察官の違法のせいで本来有罪である者が放免されてしまうという排除法則に向けられる従来からの批判を意識したものとも思われる。しかし、その一方で、「違法宣言が繰り返されることによる政策的配慮に基づく緩やかな排除法則の展開は未だ見られない」¹⁹との指摘も見過ごすことはできない。

以上のような判断枠組の適否の検討は本稿の射程ではないが、この判断枠組を前提として証拠排除が否定された事例を確認すると、「所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたのに過ぎない」（昭和53年判決）、被告人宅への立ち入りと任意同行について「任意捜査の域を逸脱した違法」（昭和61年判決）、所持品検査と任意同行について「法の執行方法の選択ないし手順を誤ったものにすぎ」ない（昭和63年決定）、職務質問の現場への留置きについて「任意捜査として許容される範囲を逸脱した」（平成6年決定）、そして、所持品検査の際の制圧行為について「職務質問に付随するものとしては、許容限度を超え」（平成15年決定）とし、違法であっても各具体的状況の下で違法の程度を低下させる客観的事情を考慮して、所持品検査や任意処分として許容される限度を超えた程度ではあるが重大な違法とまでは認められないとしてきたことは事実である。ここから、一つの見方としては、昭和53年判決のいう「令状主義の精神を没却するような重大な違法」とは、警察官の主観的事情を問わず、あるいは少なくとも主観的事情を重要な要素とはしておらず、客観的事情からのみでも違法が重大であるといえる場合を指すものであり、それ故に上記の排除否定事例がいずれも違法の重大性を否定したと考える余地もあり得る。仮にそうであるとすれば、主観的事情は証拠排除の判断を決定づけるほどの役割は担っていないともいえそうである。

令状主義の意義を鑑みれば、一般的には、違法な所持品検査や任意処分が行われた場合に比べて、無令状での強制処分が行われた場合の方が、よりそれ自体で「令状主義の精神を没却するような重大な違法」との判断に馴染むものである。しかし、無令状での検証が行われた平成21年決定もまた、違法の重大性を否定して証拠能力を肯定した。一方、違法の重大性を認めた平成15年判決を確認すると、そこでは逮捕令状の呈示がなされなかった違法があるが、これは逮捕令状を携行していなかったとしても緊急執行がなされていたのであれば適法な逮捕となり得たものであり、最高裁は、逮捕時点では手続の手順・選択を誤ったという「手続的な違法」に過ぎないと評価した²⁰。事実としては、平成15年判決が令状呈示を欠いたというものであった一方で、平成21年決定は令状を得るべきであるにもかかわらず無令状で行ったとい

15 小木曾綾「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕204頁（2017年）、205頁。

16 加藤康榮『適正捜査と検察官の役割—適正な裁判を求めて』（北樹出版、2008年）、294頁。

17 三井誠「判批」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕128頁（1992年）、129頁。

18 中野目善則教授は、「証拠が排除されなければよいというのではなく、適法か否かの判断は、違法と判断した法執行活動について、それをしてはならないとのメッセージを示しているのであるから、適法・違法のディメンションでの判断と証拠排除のディメンションでの判断を混同するのは避けるべきであり、証拠が排除されなければよいというのではない」として、適法・違法の判断と証拠排除の判断が十分に区別されるべきであることを指摘される。「違法排除法理の展開における違法認定と証拠排除—第一京浜職務質問および車内検査事件最高裁判例を契機に—」中央ロー・ジャーナル13巻2号3頁（2016年）、22頁。

19 中島洋樹「違法収集証拠排除法則の現状と展望」川崎英明＝白取裕司編『刑事訴訟法理論の探求』169頁（日本評論社、2015年）、182-183頁。

20 ただし、「令状の呈示が、許された強制処分の範囲を対象者に明らかにするという人権保障上の意義を有し、令状主義の重要な一部であること、一連の経過に照らすと、警察官らは緊急執行の方法を意図的に排除しており単なるミスではないこと等からすれば、逸脱の程度は大きい。」との指摘もある。合田悦三「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕208頁（2017年）、209頁。

うものであるから、侵害した権利・利益が異なるとはいえ、平成21年決定のほうが、より「令状主義を没却するような重大な違法」との判断に馴染むものといえないだろうか²¹。ところが、平成21年決定では、警察官が現実の占有者に承諾を得て検査の対象を限定してエックス線検査を実施した等の「配慮」があったとされた。平成21年決定には、同様の捜査手法が強制処分にあたるか否かについての判断が未だ存在しない中で行われたという事情があったことを考慮したものであろう。これらのことから、捜査ときに警察官が令状を必要とすることを自覚していたとは言い難く、意図的に無令状で強制処分を行ったのではないこと、即ち警察官の主観的事情が重視された結果、違法の重大性を否定したものと考えられる²²。たしかに、平成21年決定は、違法の重大性を否定するにあたり嫌疑の高さについて触れてはいるが、それは検証令状を得ることが可能であったのにしなかったという違法の程度を高める事情でもあり得るし²³、同時に指摘されたエックス線検査の実質的必要性についても、本決定が「プライバシー等を大きく侵害する」ことを根拠に強制処分と位置づけたことからすれば、無令状で強制処分が行われたという違法の程度を低下させるべき重要な事情とは言い難いように思われる。一方で、平成15年判決には、「正規の手続きを履践したように装う対応に出ていなければ、違法は重大でない」と判断されたと思われる²⁴との指摘もあり、捜査ときに判断し難い事情は存在しない。明らかに違法であると認識できるはずの令状の不呈示のみでなくそれを「糊塗するため」になされた逮捕令状および捜査報告書への虚偽記載等も考慮されて違法の重大性が認められたのであるから、ここでもまた警察官の主観的事情が考慮されたといえる。したがって、主観的事情は、違法の重大性判断において重要な役割を占めていると考えられる。更に、違法の重大性を否定した最高裁判例と平成15年判決を比較すると、主観的事情の内容として、違法の重大性が肯定されるためには「令状主義潜脱の意図」の存在が求められるが、これが認められるためには違法を認識しつつ敢えて行ったといえる程度の明らかな「意図」(有意性)のレベルが要求されるものと思われる。

また、違法の重大性判断で警察官の「意図」を判断する際には、事後的事情の問題がある。警察官の「意図」は、違法がなされた時点の行為・言動等からのみでなく、その後の態度にも表れる。平成15年判決は、捜査報告書及び逮捕令状への虚偽記載と併せて、公判廷での虚偽の証言といった事後的な事情から表れた警察官の態度をも警察官の「法無視の態度」を推認させる事情の一つとして扱ったと考えられる。この理解を否定する見解もあるが²⁵、かつて最高裁は、令状による捜索の現場で証拠を発見した後に警察官が被告人に暴行を加えたという事案²⁶で、「その暴行の時点は証拠物発見の後であり、被告人の発言に触発されて行われたものであって、証拠物の発見を目的とした捜索に利用するために行われたものとは認められないから、右証拠物を警察官の違法行為の結果収集された証拠として、証拠能力を否定することはできない」としており、たとえ事後に暴行のような明らかな違法行為がなされたとしても、それが証拠物獲得の結果をもたらしたという関係にない場合には、証拠能力の判断に影響を与えないという立場を示した。事後的事情は先行する手続を遡って違法にすることはないと考えられるため²⁷、最高裁としては、これを、違法を行った時点の警察官の「令状主義潜脱の意図」を推認させるあるいは裏付ける範囲で考慮している

21 平成21年決定以前のものであるが、令状を得て行わなければならない強制処分が無令状で行われた場合には、捜査機関の意図の有無を問わず違法の重大性を認めるべきであり、その意図がないことを理由として違法が軽減されるかについては疑問とするものとして、大澤裕＝杉田宗久「対話で学ぶ刑事訴訟法判例(12)」法学教室328号65頁(2008年)、75-76頁[大澤発言]。

22 関口和徳「判例研究」北大法学論集61巻6号151頁(2011年)、165頁と同旨。関口准教授は、平成21年決定が令状主義潜脱の意図を否定したのは、当時はエックス線検査が強制処分であるとする先例がなかったことから、警察官が意図的に無令状でこれを行ったものではないという判断がなされたものとされる。

23 正木祐史「判批」法学セミナー660号128頁(2009年)。

24 佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室275号38頁(2003年)、41頁。

25 緑大輔教授は、「過失によって違法行為を行ったとしても、捜査機関が事後に糊塗する場合があります以上、事後の糊塗行為から違法行為における令状主義を潜脱する意図が認められる(収集手続の違法性立証を間接的に増強する)との説明は、判例の理解として、適切とはいいがたいのではないかと指摘される。緑大輔「違法収集証拠排除法則と捜査機関の後行行為」季刊刑事弁護97号45頁(2019年)、46頁。また、緑大輔「判例評釈」修道法学28巻1号93頁(2005年)、98-101頁、池田公博「判批」ジュリスト1338号212頁(2007年)、214頁。

26 最三小決平成8年10月29日刑集50巻9号683頁。

27 安村勉「判批」法学教室200号146頁(1997年)、147頁。

と解することができるであろう²⁸。

以上のように、最高裁における証拠排除判断においては、違法性を認定した後にその違法の程度を考慮しており、違法の重大性および排除相当性という重疊的な関係に立つ排除要件が示されているところ、違法の重大性判断のための要素としては、客観的事情のほか、主観的事情が考慮されてきた。そして、その際には、主観的事情としての違法を行った当時の「令状主義潜脱の意図」（有意性）の存否が重視され、事後的事情がそれを推認させる事情の限度で用いられるといえることができる。しかし、現在、下級審においては、これとは異なる展開があるように思われる。下級審においては、最高裁が排除法則を採用する以前から比較的積極的に証拠排除が認められてきたこと、また最高裁にもたらされるのは限られた事件であることを鑑みると、下級審における展開が今後の我が国の排除法則の運用に影響を与えることは否定できないため、以下ではこれを扱う。

3. 近年の下級審裁判例

かねてから我が国の最高裁が排除法則による証拠排除に対して慎重な態度を示してきた一方で、下級審は、学説における排除法則の議論が高まるのと前後する比較的早い時期から証拠排除を認めており、現在でも一定の証拠排除事例がある²⁹。例えば、このところ数年の間だけでも、警察官である身分や目的を秘匿して採取したDNAの鑑定資料を基にして発付された逮捕令状により逮捕した後に被告人から任意で提出を受けた口腔内細胞のDNA鑑定の鑑定書等の証拠排除を認めたもの³⁰、差し押さえたパソコンに対する検証許可状に基づき海外のメールサーバーにアクセスしメール等の閲覧や保存をした結果としての検証調書等について証拠排除を認めたもの³¹、そして、7ヶ月以上にわたるビデオ撮影の映像を使用して作成された捜査報告書について証拠排除を認めたもの³²などがある。これらは、新しい捜査手法が用いられるという現代の事情をも背景としつつ、具体的状況のもとで選択された捜査手法の特性を考慮した既存の手段の中での位置付けやその限界付けの問題を含んだものであるといえる。また、GPS捜査の適法性が争われた最大判平成29年3月15日³³を契機として生じたプライバシーの保護の必要性及びその程度の解釈との関係でも複雑な議論を呼ぶものである。

しかし、これらとは別に、従来から証拠排除が争われた事案に特に多く見られるのは、職務質問を契機とした一連の手続や、従来から一般的に用いられてきた捜査手法が問題となったものである。そして、最近の裁判例でも、これらのような事例で証拠排除が肯定されたものが散見される。本稿では、これまでの最高裁判例との関係で議論を顕在化するために、特にこれらについて取り上げ、その中で排除要件としての違法の重大性判断で重視されてきたとされる警察官の主観的事情に注目する³⁴。実際の経過の中ではい

28 事後的事情が手続当時の警察官の意図を推認させると解するものとして、合田・前掲注(20)、208頁、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)、34頁。これに対し、「事後的な糊塗行為はそれ自体理論的に、直ちに逮捕当時の違法捜査の意図を推認させるものではない」との指摘がある。緑・前掲注(25)、99頁。

29 平成28年から平成30年の間の証拠排除が争われた裁判例について網羅的に紹介したものとして、南川学「違法収集証拠排除法則に関する近時の裁判例の紹介」季刊刑事弁護97号52頁(2019年)。

30 東京高判平成28年8月23日高刑集69巻1号16頁。本件について、富木康博「判批」法学教室438号139頁(2017年)、大野正博「判批」刑事法ジャーナル53号164頁(2017年)、久岡康成「判例研究」立命館法学378号359頁(2018年)など。

31 東京高判平成28年12月7日高刑集69巻2号5頁。本件について、宇藤崇「判批」法学教室445号152頁(2017年)、指宿信「判批」速報判例解説20号225頁(2017年)、四方光「判批」刑事法ジャーナル58号143頁(2018年)など。

32 さいたま地判平成30年5月10日LEX/DB25560354。本判決につき、中島宏「判批」法学セミナー765号126頁(2018年)、宇藤崇「判批」法学教室457号135頁(2018年)、指宿信「判批」速報判例解説23号205頁(2018年)など。

33 刑集71巻3号13頁。

34 最高裁判例も示すとおり、従来から証拠排除が争われた事例には、職務質問と所持品検査に関するケースが多い。その理由としては、職務質問は行政警察活動から司法警察活動へと移行するという流動的な性質を持ち、それ故に現場で取られた方法の違法性が争われるということ、特に薬物の自己使用・所持に関しては職務質問が捜査の端緒となるという点も挙げられよう。職務質問を契機とした犯罪捜査には当然に薬物事犯以外のものもあり得るし、他のあらゆる捜査手法について、それが違法とされた場合に獲得された証拠の証拠能力が争われることもある。先に挙げた証拠排除を認めた幾つかの裁判例はこのことを示すものである。しかし、本稿では、証拠排除を認めた最近の裁判例に所持品検査を契機としたケースが多数を占めたこと、また、新しい捜査手法を含むケースでは違法の重大性判断の前提としての違法

くつかの手續がなされるため、やや重なる部分はあるものの、大別、(1) 職務質問の際の留置きに違法の重大性を認めたもの、(2) 所持品検査に違法の重大性を認めたもの、(3) 立入りに違法の重大性を認めたもの、(4) 令状請求手續に違法の重大性を認めたもの、そして(5) 逮捕に違法の重大性を認めたもの、の5つの類型に分けることができる。この分類に従って、以下、下級審裁判例を確認する。

(1) 職務質問の際の留置きに違法の重大性を認めたもの

①大阪地判平成29年3月24日³⁵

本件の事実の概要は次のとおりである。警ら中の警察官らは、被告人の風貌や現場周辺での覚せい剤事犯の検挙事例や違法カジノ店の情報を得ていたことなどから犯罪の嫌疑を抱き職務質問を開始し、所持品検査に応じず車で立ち去ろうとする被告人の乗る車両助手席のドアを閉まらないように押さえつけながら説得を続けてエンジンを切り、また被告人が降車して乗り込んだ付近ビルのエレベーターの扉を足で押さえつけ数名の警察官で取り囲みながら尿の任意提出の説得を行った。警察官らは、被告人の右腕および右手首に注射痕があるのを認めて更に尿の任意提出について説得をした後、強制採尿令状請求の手續を開始した。そのことを告げられると、被告人は心臓の痛みを訴えて自ら救急車を呼んだが、救急搬送の救急車内には警察官1名が同乗し、他の警察官も捜査車両で追走した。病院での警察官による監視が続く中、被告人が逃走しようとしたため、警察官はこれを追いかけて背後から腰や肩、腕付近を掴み連れ戻そうとしたところ、そこに被告人からの電話を受けていた弁護士が臨場した。弁護士が任意捜査の段階である旨訴えるも、警察官はこれを無視し、被告人を投げ飛ばして倒れた上から押さえつけ、四つん這いになった被告人の首に腕をかけて締め上げ、背後から乗って押さえつけるなどの有形力を行使して被告人を停止させようとする行為を続けた後、被告人が近くに来ていた車に乗り込むのに続いて乗り込んだ。警察官は、この間、令状がないことや警察官の行為の根拠を問う弁護士に対して答えることのないまま、強制採尿令状の発付状況を確認せずに令状が既に発付されている旨を被告人に告げた。その後、実際に発付された強制採尿令状が呈示され、被告人自ら提出した尿が差し押えられた。なお、警察官は、起訴前捜査の段階では有形力の行使について「足が絡まってこけた」と報告し、公判前整理手續の段階になって「足をかけて転倒させた」という程度の説明を始めた。

本判決は、職務質問開始から救急搬送までの留置きについて適法とし、また、救急車内と病院内での監視についても、既に強制採尿令状の発付手續がなされており、その執行のための必要性が認められ、手段として相当であるとした。その一方で、病院における留置きについては、概要以下のように述べて違法とした。即ち、令状執行のために被告人の逃走を防止する高度の必要性和緊急性は認められるが、その態様は「最早任意捜査として許容される限度を超えた逮捕行為というほかになく、違法であることは明らかである。また、…プライバシーの期待が高い車両内に勝手に乗り込む行為が違法であることも明らかである。」「また、同警察官は、その場にいた弁護士が任意捜査の段階である旨繰り返し訴えていたにもかかわらず、全く取り合うことなく、上記のとおり違法行為を重ね、被告人を追って二台目の車両に乗り込んだ後、令状の発付状況を確認していないにもかかわらず、既に発付されている旨返答している。この返答の時点では、現に被告人に対する強制採尿令状は発付されていたと認められ、客観的には虚偽を述べたことにはならないが、これは結果論にすぎず、令状発付の有無という重要事項につき、未確認のままに確定的な回答をする姿勢からは、同警察官において、令状主義の精神を軽視する姿勢が顕著であったといわざるを得ない。このことは…〔有形力行使が問題視されていることを認識しながら行った説明の〕態度からもうかがい知ることができる。以上を併せみると、…被告人を留め置いた捜査手續には、令状主義の精神を没却するような重大な違法があると評価せざるを得ない。」そして、「本件尿鑑定書等は、上記のとおり重大な違法があると評価される留め置き行為によってもたらされた状態を直接利用し、覚せい剤事犯の捜査という同一目的に基づき取得していた強制採尿令状を執行することによって収集した証拠であって、重大な違法手續に

性判断に関する問題に大幅に踏み込む必要があり、違法の重大性に於いて考慮される要素としての主観的事情に焦点を当てるという射程から外れるという理由から、本稿で挙げる裁判例に限定した。

35 判時2364号126頁。

密接に関連する証拠というべきであるから、強制採尿令状自体は職務質問以降の適法な手続に基づいて収集された疎明資料に基づいて発付されたものであることや、採尿手続自体に固有の違法性が認められないことを踏まえてもこれらの尿鑑定書等の証拠能力を肯定することは、将来における違法捜査抑止の見地から相当でないと認められ、その証拠能力を否定すべきである」とした。

②広島地判平成30年6月14日³⁶

本件の事実の概要は次のとおりである。警ら中の警察官らは、自動車で走行中の被告人を止め職務質問を開始し薬物前科について尋ねたところ、被告人がある旨回答し、所持品検査の求めにも応じて財布等や携帯電話等を所持品検査用ネットに入れたが、その後すぐに全力で走り出したためこれを追跡し、自ら転倒した被告人に対し「動くな、これ以上やったら公妨とるぞ。」などと言い、その両肩を抱えて歩道まで5、6メートル引きずり両手で肩を掴んで金網に押し込んで押さえつけて座らせた。その後、被告人の靴下を脱がせて足の裏を確認し、顔を懐中電灯で照らした。採尿の説得にあたり被告人から令状呈示を求められるも、警察官は尿を出すまでは帰れない旨述べて、所持品の管理を続け、職務質問開始から1時間程度が経過したころに強制採尿令状請求の手続に着手した。被告人はそれを告げられると、帰宅するのでそれを家に持って来て欲しい旨述べ立ち上がろうとしたが、これに対し警察官は、公務執行妨害になる旨述べて、その両肩を押さえ座らせた。寒いと言う被告人の求めに応じ警察署に移動した後も、被告人からの帰宅の要求を拒否し続け、また所持品を返却しないまま4時間の留置きをした後、強制採尿令状により病院へ移動し、同病院内駐車場で身体検査令状の執行により被告人の注射痕様のものがある左腕の写真撮影をし、同病院内で強制採尿を実施し、最終的にはカテーテル挿入を痛がった被告人自ら排出した尿を差し押さえることとなった。警察官らは、その後、公判廷において金網の前で被告人に所持品を返却した、被告人が座った際に有形力の行使はなかった旨の虚偽の証言をした。

本判決は、職務質問を適法とし、被告人の逃走の事実からその継続の必要性も認めつつも、本件有形力の行使を「直接的かつ強度な」ものであり「職務質問に付随する有形力の行使の限度を超えて違法というべきである」としたが、交通事故防止の面や、職務質問継続の必要性、有形力行為が短時間であったことから、違法性が高いとはいえないとした。しかし、公務執行妨害で逮捕する旨の発言については、「そのような発言は職務行為として正当化されるものではなく、罪を犯していないのに逮捕するという被告人に対する威迫となる行為であって、違法である。」更に、所持品検査終了後、被告人から返還を再三求められたにもかかわらず所持品を管理し続けた行為について、「実質的には無令状で被告人の所持品の占有を取得したに等しいものというほかない。殊に、警察官らは、被告人の…通常生活に欠かせない携行品を管理しており、これにより被告人を留め置く効果は一般的に高かったといえ、明らかに違法である」とした。そして、これら行為について、「法規からの逸脱の度合いが大きい上、…被告人の移動の自由を大きく侵害している。…〔説得行為や、令状請求をするにしても執行確保の手段を任意処分として許容される範囲内で検討すべきであるところ〕…それをした形跡も見られなかったことも考慮すると、違法は重大というべきである。また、〔これら重大な違法行為による留置きの結果、身体検査令状執行による被告人両腕の写真撮影と強制採尿令状執行により差し押えた尿の鑑定書と鑑定人の証言を〕得ることになったのであるから、それらの違法行為と被告人の尿の鑑定書及び鑑定人の証言との間には密接な関連性がある。更に警察官らがそれらの重大な違法行為をしたのは、被告人を留め置くためであったと認められるから、警察官らには無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があったと認められる上、…〔警察官の〕証言も、被告人の承諾なくその所持品を占有していたことを隠蔽する目的でなされた虚偽のものとして解される。以上のような…〔証拠の〕収集過程における違法の重大性、違法行為との関連性、警察官らの意図及び警察官の証言態度を総合考慮すると、その収集過程には令状主義の精神を没却する重大な違法があったというべきである」とし、本件尿の鑑定書及び鑑定人の証言を証拠排除した。

36 LEX/DB25449616。

③さいたま地判平成30年7月27日³⁷

本件の事実の概要は、次のとおりである。警ら中の警察官らはゲームセンター駐車場で職務質問を開始して被告人車両内確認をし、その最中にトイレに行くと言いつき出した被告人を阻止する中で、肩や手がぶつかったため公務執行妨害になる旨述べて阻止し続けた。そのため、被告人は駐車場で排便したが、なおも便意を訴えてゲームセンター店内に歩き出し、警察官がこれを追いかけて所持品検査に応じるよう求めてトイレに行くのを阻止し続けた結果、被告人は店内の客がいるフロアで2度目の排便を余儀なくされた。その後も、警察官は被告人がトイレに行くことを遮り、所持品検査に応じるよう求め続けて、最終的にバッグの中から覚せい剤や注射器等を取り出した被告人を現行犯逮捕した。

本判決は、「所持品検査の必要性も緊急性もさほど高くなかった」状況下で、公務執行妨害になるなど述べてその懸念を抱かせるなどして便意の切迫する被告人の説得を続けた行為について、「任意捜査において同制約行為が許容されるためには、証拠隠滅のおそれ等を問う以前に、強制捜査を可能とするか、最低限それに準ずるような具体的かつ強い嫌疑の存在が必須となり、所持品検査の場合にはこのような嫌疑に裏打ちされた高度の必要性、緊急性が要求されるものというべきである」ことを前提とし、「この制約行為は、被告人の移動の自由を相当に制約するのみならず、所持品検査に応じなければ公衆の面前で排便せざるを得なくなって人間としての尊厳が損なわれるおそれがあると否応なく知らしめることとなり、所持品検査に応じるよう被告人の意思に実際上かなりの強制力を及ぼすものというべきである」とした。この制約行為に及んだ時点で、「本件での職務質問に付随する所持品検査に伴うものとして許容される限度を大きく超えた違法なものあり、違法性の程度は重大であるといわざるを得ない。その上、…〔被告人が2度の排便を行なった後もその移動の自由を制約して所持品検査を続けたという〕これらの行為は、上記の違法性を更に増大させるものといえる。」また、被告人による所持品の提示は「自由意志に基づくものと認めることは到底できない。」そして、被告人の便意が切迫していることを認識しながら証拠隠滅を防ぐ目的でこれらの行為に及んだものと指摘し、「〔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（「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に照らし、この意図を積極的に否定できる事情がないのであれば、その意図を認定せざるを得ない）のみならず、その意図が相当に強うかがわれるものであり、その意図を有していたものと認定する外ない。」逮捕手続は、これら一連の行為によって可能となったものであり、警察官の令状主義潜脱の意図を併せ見ると、「上記一連の行為及び逮捕手続には令状主義の精神を没却する重大な違法があるものと認められる。被告人から提出された上記覚せい剤及びこれと密接に関連するその鑑定書の証拠能力を認めることは、…将来の違法捜査抑制の見地からもおよそ相当でないというべきであるから、いずれの証拠能力も否定すべきである」とした³⁸。

最三小判昭和53年6月20日³⁹は、所持品検査を職務質問に付随する行為として許容されるとした。例えば、名古屋高金沢支判昭和62年5月13日⁴⁰は、任意捜査の有形力行使の適法性について「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ものと解すべきである」とした最三小決昭和51年3月16日⁴¹を引用して、そこで示された基準が「職務質問に伴う有形力の行使についても妥当すると解される」とし、職務質問の際の停止行使が一定の範囲で許容されている⁴²。また、その際の留置きについては本稿で先に触れた平成6年決定があり、職務質問を発端とした令状執行確保を

37 LEX/DB25561084。

38 なお、本件では、逮捕後に採尿がされており、その尿の鑑定書の証拠能力も争われたが、重大な違法があると認められた一連の行為と採尿手続の間に覚せい剤事犯の捜査という同一目的と直接利用の関係を認め、「そこには逮捕手続同様、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるといわざるを得ない。そして、本件尿の鑑定書の証拠能力を認めることは、…将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないというべきである」とし、証拠排除している。

39 刑集32巻4号670頁。

40 判時1248号65頁。

41 刑集32巻4号670頁。

42 最一小決昭和29年7月15日刑集8巻7号1137頁、最一小決昭和53年9月22日刑集32巻6号1774頁など参照。

目的とする留置きの問題については、いわゆる二分論として論じられている⁴³。この類型のうち①②とも、令状執行確保を目的として留置きを行なったというものであり、この二分論との関係でも注目すべきものである。①は、二分論からでも本件のような強制処分は許容されないことを明らかにしたものとの指摘⁴⁴があるとおり、留置きの際の行為を逮捕やプライバシー侵害の行為として強制処分が行われたものとし、更に、弁護士の訴えに取り合うことなく、実際の状況を確認せずに令状が発付された旨述べたことを「令状主義を軽視する姿勢が顕著であった」としたものの、違法の重大性を肯定するにあたって警察官の主観的事情が重視されたか否かは明瞭ではない。強制処分にあたる行為が違法に行われただけで違法は重大であるとも考えられるところ⁴⁵、警察官の姿勢に触れたことから、これが考慮要素の一つになっていると考えられるが、「令状主義潜脱の意図」とでは違法行為に出た積極性に関係がある「令状主義を軽視する姿勢」との表現の意味も問われる。この語が意識的なものであれば、平成15年判決のように違法を糊塗するような積極的な行為から「令状主義潜脱の意図」（有意性）が認められるという場合でなくても、「意図」の不存在を理由として違法の重大性を否定するのではなく、「意図」があるとまではいえないが令状主義を蔑ろにするような姿勢が見て取れたことが重大な違法を認める要素の一つになったといえよう。②は、令状発付を待つまでの間の「威迫」や「無令状で被告人の占有を取得した」ことを違法性の高い行為とする。違法の重大性判断にあたっては、これらに加えて適法な手段の検討がなされなかったことも指摘する。それを前提として、主観的事情については、「無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があった」とし、更に違法行為を隠蔽するために虚偽の証言をした点に触れているが、証拠の収集過程の重大な違法を述べる際に、他の事情と主観的事情を列記の上「総合考慮」するものとしている点からは、「意図」の存在が違法の重大性判断に強い働きをしたとまでは言えないようにも思われる。③は、所持品検査のための説得行為が被告人の意思に強制力を及ぼしたことについて「違法性の程度は重大」とする。その後、「令状主義潜脱の意図」があったことを認めて、所持品の提示を受けて逮捕に至るまでの一連の手続を「令状主義の精神を没却する重大な違法」としているが、これもまた「意図」を必須の事情としたのか判然とはしない。しかし、本件で特徴的なのは、この「意図」について、括弧書きではあるが、それを「積極的に否定」する事情がなければ認定せざるを得ないと明確に述べており、繰り返し警察官が被告人の便意が切迫していることを認識している点を指摘することからは、警察官の主観的事情を重く見たものと解して良いように思われ、明らかに有意性があると言えなくとも、それを否定する事情がなければ「意図」があったとして認めることを示している。②については二分論を採用していないと解されるが⁴⁶、①のように二分論を前提としたとしても、それはあくまでも任意処分として許容される範囲に若干の幅が出るに止まり、強制処分が許されるというのではない。そこに令状執行確保の目的があったとはいえ、強制処分が行われた場合には違法であることは変わらない。令状執行確保のためであっても所持品検査のためであっても、その目的が明確であることはむしろ警察官の主観的事情として取り込まれ、令状主義の軽視やそれを潜脱する「意図」があったという判断に傾くものと思われる。とはいえ、積極的に有意性が認められなくとも、あるいは「意図」がうかがわれることを積極的に否定できない場合でも、違法の重大性を肯定する方向へと主観的事情を考慮するというこれら裁判例の態度は、最高裁がこ

43 令状執行のための留置きの問題については、東京高判平成21年7月1日判タ1314号302頁や、東京高判平成22年11月8日高刑集63巻3号4頁など、令状執行までの間に被告人を数時間にわたり留め置いたことを適法としたものがある。これらは、職務質問を契機として行われた令状の請求と発付を経てそれが執行されるまでの間を、「純粹に任意捜査として行われている段階」と「強制手続への以降段階」に二分し、令状請求に着手した時点と境とする後者の段階への移行後は、それまでよりも「相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」とし、いわゆる二分論として議論されている。二分論については、大澤裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」研修770号3頁（2012年）、柳川重規「捜索・押収令状入手のための被疑者の留め置きについて」法学新報121巻5-6号1頁（2014年）、大久保隆「任意と強制の狭間—留め置きにおける『二分論』について—」広島法科大学院論集11号153頁（2015年）などがある。

44 小浦美穂「判批」判例時報2386号172頁（2019年）、175-176頁。

45 岩下雅充准教授は、この点で本判決の不明瞭さを指摘しつつ、留め置きのための有形力の行使や車両への乗り込み行為の「存在それじたいが重大な違法を肯定するのに十分なものと思われる」とされる。「判批」刑事法ジャーナル59号110頁（2019年）、116-117頁。

46 江藤隆之「留め置き二分論と2つの無罪判決」桃山学院法学31号87頁（2019年）、106頁と同旨。

れまで「意図」が明らかに認められるのでなければこれがないとして違法の重大性を否定してきたことは異なるといえる。

(2) 所持品検査に違法の重大性を認めたもの

④大阪高判平成28年10月13日⁴⁷

本件の事実の概要は次のとおりである。パチンコ店駐車場で知人から預かった車を修理中であった被告人に対して職務質問と所持品検査が行われた。被告人は、警察官の求めに応じてポケットの中にあったタバコ等を自ら差し出し、着衣の上から触られることにも応じたが、運転免許証の提示の要求に対しては所持していないと嘘を述べ、自動車が知人のものであることを理由に車内の確認を拒否した。警察官は、所有者に電話で許可を得て、被告人の同意も得た上で、自動車内の検索を行い、自動車の助手席に置かれていたポーチの上にある財布が被告人のものであることを確認しこれを見る旨告げ、被告人が拒否の意を述べたのとほぼ同時に財布のチャック部分を開けて被告人の運転免許を取り出し、また、ポーチのチャックを被告人の承諾のないまま開けて細工された缶を取り出した。その後、パトカー内で缶の蓋を取り外すのとほぼ同時に「開けていいか。」と尋ね、「もう開けてるやん。」などと被告人が抗議をするにもかかわらず、缶の中にあった覚せい剤入りのポリ袋を見せ、その中身について尋ねるなどした。被告人が覚せい剤であると認めたことから、覚せい剤所持の嫌疑で現行犯逮捕した。その後、覚せい剤の発見を疎明資料として発付された強制採尿令状に基づき差し押えられた尿から覚せい剤成分が検出された。警察官らは、現行犯逮捕手続書等には、被告人の明示の承諾を受けて所持品検査を実施した旨を記載し、後に同旨の証言をした。

本判決は、本件所持品検査開始時点で嫌疑が抽象的なものにとどまり、被告人が逃走することが容易な状況ではなかったとし、「このように、本件においては、所持品検査の必要性は高くなく、その緊急性がない状況であるにもかかわらず、被告人の承諾を得ないまま、搜索に類似し、かつ、被告人のプライバシーを侵害する程度の高い行為が行われたのであるから、これらの所持品検査は相当な行為とは認め難く、職務質問に付随する所持品検査の許容限度を逸脱した違法なものというべきである。」「被告人の承諾を得ずに行われた所持品検査の必要性、緊急性の有無、程度、所持品検査の態様等からすれば、本件の所持品検査がその許容限度を逸脱する程度は大きいといわざるを得ない。加えて、警察官からの言動からすれば、同警察官は、対象物が被告人の手元から離れて本件自動車の物理的に容易に検査できる状態にあることに乗じて、当初から、真摯に所持品検査に応じるよう説得する手間を省き、被告人の承諾の有無にかかわらず、検査しようとする意図のもと、被告人が明示の拒絶をしても、それを無視して、検査に及んだと言わざるを得ない。このような警察官の態度は、被告人から運転免許証を持っていないと聞いても、被告人に人定事項を質問することもなく所持品検査を続行し、被告人の運転免許を発見したにもかかわらず、前科照会することなく所持品検査を続行したことにも表れているといえる。また、…〔警察官らが現行犯人逮捕手続書等に〕被告人の明示の承諾を受けて所持品検査を実施した旨記載されていること、…被告人の明示の承諾があった旨証言していることは、〔警察官らが、所持品検査を行った警察官の〕言動に問題があり違法であることを十分認識していたことの証左といえることができる。これらの事情を総合すれば、…本件覚せい剤発見に至る一連の所持品検査の違法の程度は、令状主義の精神を没却するような重大なものであったと言ふべきである。そしてこのような所持品検査により発見された物やその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の抑制の見地からしても相当でないといふべきである」とし、被告人の尿の差押えについても違法な本件覚せい剤の発見を直接利用した関係にあり重大な違法があるとして、尿の鑑定書を証拠排除した。

⑤東京高判平成30年3月2日⁴⁸

本件の事実の概要は次のとおりである。警ら中の警察官は、別の車のナンバープレートを付け駐車枠を

47 判タ1439号127頁。

48 判時2393=2394号63頁。

はみ出して駐まっている車両を発見して窃盗等の嫌疑を抱き、職務質問をするため張り込みを行ったが、現れた被告人が制服を着た警察官を認め逃走したため、これを追いかけて、ベルトのあたりを掴んだ。バランスを崩し倒れた被告人を起こし、ベルトを掴むなどして移動させ座らせた後、人定事項の聴取や所持品検査をしようとし、被告人から拒否されるも、応援に現れた警察官からの情報によって被告人の覚せい剤事犯の犯罪歴を把握した。その後、その場に留め置かれていた被告人が掛けた電話によって呼び出されたBが現れたが、警察官らから近づかないよう言われて、被告人から5メートルほど離れた場所で停止した。被告人は、Bに向かって「預かっていてくれ。」などと言って、持っていたバッグを投げたが、Bは返答せず、バッグはその1メートル離れた場所に落ちた。警察官らは、Bを立会人としてバッグを開披することについてBの了承を得て、拾い上げたバッグのチャックを開けてその内容物を取り出し写真撮影をした。その在中物である封筒から覚せい剤が発見されたことにより、被告人は覚せい剤所持で現行犯逮捕され、覚せい剤が差し押さえられた。

本判決は、警察官が被告人に対し有形力を行使して停止させ留め置いた行為については、「違法な身柄拘束とまでは言えない」とした。しかし、バッグを拾い上げてその内容物を取り出す行為については、次の点を指摘して違法とした。即ち、被告人と本件バッグ落下地点との「場所的近接性」、被告人が投げて落下してから警察官が拾い上げるまでの「時間的近接性」、そして被告人が現場から離れる態度を示さなかったことなどから、被告人には「Bが占有を取得しない限り、本件バッグの占有を継続する意思があり、…自らの意思に基づいて本件バッグを管理し得る状態を失ったわけではないのであるから、本件バッグに対するプライバシー保護の必要性は低下していたとは評価できない」⁴⁹。第二に、「被告人に覚せい剤取締法違反の前歴があることが判明したのは本件バッグ内から白色結晶状粉末を取り出した後のことであ」ったことから、「本件バッグに対する所持品検査の必要性は、何らかの犯罪に関わる物品や禁制品が在中している疑いの限度で認められるにすぎ」ない。そして、本件バッグを「Bや第三者が持ち去る危険性はさほど高くなく、本件バッグの中身を至急確かめなければならないような緊急性があったとは認められない」。そして、このような状況下において、本件バッグを開披し内容物を取り出して写真撮影までしたことが、「本来、令状なしに捜索をすることが許される場合でないことは、通常の警察官であれば容易に判断できたと認められる。…にもかかわらず被告人が本件バッグを投げた1分後に、Bの立会いを求めたとはいえ、本件バッグを開披して中を見たことは、警察官らの令状主義に関する諸制度を潜脱する意図があったことを強くうかがわせるものである。」「以上検討したとおり、本件における一連の警察官らの行動は、本件バッグについて所持品検査をする緊急性までは認められない状況で、被告人が占有を継続していることが明らかな本件バッグを、被告人の承諾なく開披して、その内容物を取り出し、写真撮影をするというプライバシー侵害の程度が大きい態様で行ったものである。また、本件証拠上、警察官らは、被告人が占有を放棄する意思ではないことが明確に認識できる状況で、令状もなくバッグを開披し、内容物を取り出し写真撮影をしているのであって、単に、強制捜査と任意捜査との区別、任意捜査として許される限界についての判断を誤ってしまったのではなく、令状主義に関する諸規定を遵守しようとする意識のなさが強くうかがえる。したがって、本件における無令状捜索の違法の程度は重大であって、将来の違法捜査の抑制の見地からしても、本件覚せい剤等の証拠能力は否定されるべきものであり、本件覚せい剤に関する本件鑑定書も同様に証拠能力を欠くものである。」

所持品検査について最高裁は、「必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき

49 なお、原審（千葉地判平成29年9月22日判時2393=2394号68頁。）は、被告人のバッグの占有を認めて所持品検査を違法としたが、その重大性を否定した。即ち、被告人が本件バッグを投げて誰でも拾うことのできる状況を生じさせたことからプライバシー保護の必要性は相当程度低下しており、また、応援に来た警察官の情報によって覚せい剤事犯の疑いが相当強くなっていたこと、被告人が所持品検査を強く拒んだことなどの事情から、所持品検査の必要性と緊急性が高く、被告人が投げたバッグを領置しあるいはBの承諾を得ることで任意捜査として内容物の取り出しが行えるものと考えていたことがうかがわれるとし、警察官の「令状主義潜脱の意図」を否定した。本判決には、証拠排除の議論とは別個に、どのような場合に被告人に占有があると認められるか、どのような状況であれば占有の継続と認められるか、という所持品検査の適否判断における重要な点について判断がなされたものとしての意義もある。

公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである」としている⁵⁰。④⑤とも、所持品検査の必要性が高くなく緊急性が否定される状況の下で被告人の承諾なくして所持品検査が行われたとした。④はその態様を「搜索に類似する」とするが、最高裁において「搜索に類するもの」が搜索として正面から認められなかったこと⁵¹を考慮すれば、強制処分が行われた違法があるとまでは認めていないと考えられ⁵²、その違法の重大性を認めるにあたっては、所持品検査に関する諸要件の検討から「本件の所持品検査がその許容限度を逸脱する程度は大きい(傍点筆者)」とした後、所持品検査時の警察官の態度から「被告人の承諾の有無にかかわらず、それらを検査しようとの意図」でこれを行なったとし、その後の虚偽の記載や公判証言といった事後的な事情を「違法であることを十分認識していたことの証左」とするなど、詳細に警察官の主観的事情を検討していることから、これが重視されたように考えられる。⑤は、原判決が本件所持品検査を搜索であるとしたことを前提としていること⁵³、また「令状なしに搜索をすることが許される場合でないことは」としている箇所から、本件所持品検査を搜索であると認めたものとして注目される⁵⁴。そうすると、④と比較して、無令状搜索それ自体で違法の程度は高く、「意図」の存在(有意性)がなくとも違法の重大性を認めることも可能であると思われるところ、警察官の主観的事情として「警察官らの令状主義に関する諸制度を潜脱する意図があったことを強くうかがわせる」と述べている。しかし、そこでいう「令状主義潜脱の意図」は最高裁のそれとは異なる。即ち、被告人がBに対してバッグを投げたという事実について、警察官がBの承諾により任意捜査として許容されると誤って判断したに過ぎないとする原判決の判断に対して、プライバシー保護の必要性を重くみたほか、「単に、強制捜査と任意捜査との区別、任意捜査として許される限界についての判断を誤ってしまったのではなく、令状主義に関する諸規定を遵守しようとする意識のなさが強くうかがえる」と述べているのである。このように有意性ではなく「意識のなさ」から「令状主義潜脱の意図」を認めたことは、警察官に「一定の注意義務があることを前提に、認識可能であったにもかかわらず認識しなかった場合に令状主義潜脱の意図を認めた」ものと指摘されており⁵⁵、主観的事情として考慮される内容は、最高裁よりも幅広いものであると考えられる。

(3) 立入り行為に違法の重大性を認めたもの

⑥大阪高判平成30年8月30日⁵⁶

本件の事実の概要は次のとおりである。警察官は、被告人の職務質問及び所持品検査の際に被告人の両肘内側に真新しい注射痕を確認し、任意同行や尿の任意提出を求めたが、被告人はこれを拒否して帰宅しようとした。警察官はこれに追従し、被告人が居住する共同住宅の建物内に無断で入り、被告人から捜査権もないのに入れるのかを問われたのに対し、「うん、入れる入れる。」などと答えて、被告人の居室まで行き、被告人が閉めようとする居室のドアを押さえてドアを開くよう求めた。被告人はこれを拒否し、10分間にわたり押し問答を続けた後に、自ら傘を差し込んでドアが閉まらないようにして就寝した。警察官は、その後、被告人の居室のドアに棒状の物を差し込んで施錠されるのを防ぎながらその居室前で待機し、翌朝に強制採尿令状および被告人方の搜索差押令状を得た。被告人はこれを呈示されると自ら尿を提出し、その尿から覚せい剤成分が検出されたことによって緊急逮捕された。なお、被告人の居住する共同住宅は、建物の入口で靴を脱ぎ共用部分を通して各居室に行くという構造であり、共用部分には管理人不在の間は外部の者の立入りが禁止されているというものであった。

本判決は、本件共同住宅への立入り行為について、「管理人が所在する間は、管理人に住人らとの契約に基づく包括的な管理権限があるといえるから、その承諾を得ることで住人の許可なしに本件建物の共用

50 既出・最一小判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁。

51 同上。また、既出・最一小判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

52 石田倫識「判批」法学セミナー764号144頁(2018年)と同旨。

53 千葉地判平成29年9月22日判時2393=2394号68頁。

54 石田・前掲注(52)、114頁。

55 内藤大海「判批」法律時報730号184頁(2019年)、189頁。

56 LEX/DB25561266。

部分に立ち入ることは許容されるとしても、管理人不在の間に共用部分に立ち入る行為は、管理権侵害にとどまらず、被告人を含む住人のプライバシーを侵害するもので、それ相応の法的根拠がなければ許されないはずである。本件にあっては…後記の通り、正当性も認めがたい以上、建造物進入に問われかねない行為といえる」とした。更に、被告人の居室のドアを閉めさせなかった行為について、「ドアの内側は被告人の住居であって、そこは個人のプライバシーが強く保護されなければならない領域であり、…ドアを開けておくよう説得することは、合理的な限度であればもとより許容されるところであるが、本件では、被告人が明確かつ強固に説得を拒む意思を表明した後も…〔10分間に渡る押し問答や有形力行使だけでなく、所持品検査の際に預かった所持品の状態を確認し続けてもらう必要があるなどといった〕およそ詭弁というほかない発言を繰り返してまでドアを開けさせることに固執しており、これらは説得の域を超えている。…警察官らの行為は、被告人の意思を制圧するものであったと評価できる。」また、被告人が就寝して逃亡の具体的なおそれもないという状況で、「何らの必要性・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ものに他ならないから、…住居そのものへの進入と比肩するほどの違法性があるというべきである」とした。「以上を前提に、一連の捜査手続の違法性の程度等について検討すると、それは、令状主義の精神を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。本件では、本件建物への立入りや自室のドアを閉めさせなかった行為は、強制処分当たるものと解され、既に強制採尿令状の請求準備に入っており、近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留置き等を正当化する根拠になり得るとしても、そのことは、およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない。…〔警察官らの立入りから令状発付までの間そこに留まる行為〕によって、被告人の住居についてのプライバシーが大きく侵害されたといえる。警察官らが意図的に令状主義を潜脱しようとしたとまではいえなくても、住居についてのプライバシーの重要性や、警察官らの無配慮な態度等に照らすと、その違法の程度は令状主義の精神を没却する重大なものといわれてもやむを得ない」とし、その後の尿の押収は、これら一連の違法な行為と直接利用・同一目的の関係にあるとして、本件尿の鑑定書について「将来における同様の捜査を抑制すると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」とした。

⑦京都地判令和元年10月29日⁵⁷

本件の事実の概要は、次のとおりである。交際相手Bから暴行を受けたという被告人による110番通報によってB方に臨場した警察官らは、被告人の覚せい剤自己使用を疑い、実際に犯歴照会と被告人自身の説明によって被告人の覚せい剤事犯の犯歴を確認した。警察官は、その後、暴行の被害申告をしないことを明らかにしてB方から自宅に戻ることにした被告人に対し覚せい剤に関する職務質問を続けて追従し、被告人が居室に入ろうとした際に、その玄関ドアが閉まらないように手で押さえながら被告人の承諾を得ずに玄関内に立ち入り、被告人から退去を要求されながらも留まった。そして、被告人に両腕の提示を求めてそこに注射痕があることを確認してこれを写真撮影した。その後、本件写真と被告人の様子を記載した捜査報告書を疎明資料として強制採尿令状および被告人方の搜索差押許可状の発付を得て、被告人方の搜索を実施した。その際、警察官が被告人に対し尿の任意提出を求め、被告人はこれに応じたものの、トイレのドアを開放し女性警察官がそれを監視し被告人の視界に入らない位置に男性警察官4名が待機する状況の中では排尿に至らなかった。強制採尿令状を執行すべく捜査車両に被告人を乗せ病院に向かっていったところ、被告人が尿意を訴えたため、警察署に行き、署内のトイレ個室を開放し女性警察官がこれを監視しつつ男性警察官数名がトイレ前の被告人の視界に入らない位置で待機する状況で、被告人に排尿させてこれを差し押えた。その簡易鑑定の結果、陽性反応が出たため、被告人は緊急逮捕された。

本判決は、職務質問を適法としたが、被告人方への立入りとその後の行為については違法とした。即ち、本件立入り時には被告人の覚せい剤使用の具体的嫌疑が乏しく、立入り等を行う緊急性・必要性が認められないあるいはあったとしても相当に低かった状況の下で、被告人が閉めようとするドアを押さえるとい

57 LEX/DB25564393。

う有形力行使して承諾なしに立ち入り留まり続けたという行為は、「被告人の意思を制圧してその住居についての生活の平穏やプライバシー等の重要な個人的法益を大きく侵害するものであるから、強制処分当たるものといわざるを得ず、〔警察官〕らは、被告人方居室に対する捜索許可状等によることなく無令状でこれを行なったものであるから、違法であるといわざるを得ない。そして、〔警察官〕らが意図的に令状主義を潜脱しようとしたとまではいえなかったとしても、…憲法35条で保障されている住居の不可侵に対する配慮を欠いていたものといわざるを得ず、前記違法の程度は令状主義の精神を没却するような重大なものとして止むを得ない。」これに引き続いて行われた写真撮影についてもまた、「被告人の意思を制圧してそのプライバシー等の重要な個人的法益を大きく侵害するものであるから、強制処分にあたるものといわざるを得ず、」これを無令状で行った違法は重大であるとした。更に、その後の各令状発付手続について、「被告人が前記暴行案の被害者で混乱した状態にあったことも考えられることを踏まえると、これらのみでは強制採尿令状発付の要件としての被告人の覚せい剤使用の嫌疑は認められず、かつ、強制採尿の必要性を認めるにも足りない」とし、その請求の疎明資料である捜査報告書に記載された被告人の興奮状態や採尿を拒否したことや腕の注射痕が発見されたことなどが、警察官らの重大な違法のある立入り行為の「結果判明しあるいは現れた事実等である」ことを考慮すると、「本件捜査報告書は、その重要部分において」令状発付の判断を「大きくゆがめるものといえ、その瑕疵の程度は大きい」とした。この後の採尿手続についてもまた、これら重大な違法が認められる撮影によって得られた写真と捜査報告書を疎明資料として発付されたものであるから重大な違法があるとし、「その結果得られた本件尿と一体性の強い本件鑑定書については、これを証拠として許容することは、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認められる」として証拠排除した。

この類型は、建物または住居等への立入り行為を違法とし、その重大性を認めたものである。住居への侵入が問題となったものとしては、承諾なしに寝室に立ち入った行為について、任意捜査として許容される範囲を逸脱した違法があるとしつつ、「令状主義潜脱の意図」がなかったこと等から違法の重大性を否定した最二小判昭和61年4月25日⁵⁸がある。⑥には共同住宅への立入りという事情があるが、被告人以外の住人のプライバシー侵害のほか、被告人居室のドアを閉めさせないための措置を「住居そのものへの進入と比肩するほどの違法性がある」としてこれらを強制処分と評価した。⑦は、被告人方への立入りのみでなく玄関内に留まった点で、より侵入の度合いは強いものと考えられるが、これをやはり「プライバシー等の重要な個人的法益を大きく侵害する」強制処分であるとする。そして、両者とも、違法の重大性を認めるにあたって警察官の「令状主義潜脱の意図」があったとまでは述べていない⁵⁹。即ち、⑥は、警察官に「意図的に令状主義を潜脱したとまではいえない」とし、これを「警察官らの無配慮な態度等」と述べ、⑦もまた意図的な令状主義潜脱とするのではなく、「住居の不可侵に対する配慮を欠いていた」と述べるにとどまっている。プライバシーが重視される住居への無令状での立入りが行われたと認めた上で⁶⁰、「意図」までは存在せず「無配慮」あるいは「配慮が欠ける」に止まる場合でも違法の重大性が肯定されることを示しており、「意図」の不存在を理由として違法の重大性を否定してきた最高裁とは異なるものといえる。言い換えれば、違法の重大性を肯定する主観的事情は、従来言われてきた「令状主義潜脱の意図」から広がりを持ち、令状主義を蔑ろにするあるいはそれに配慮しない態度という内容まで含みつつあり、類型（1）、（2）と同じ傾向を見せているように思われる。

58 刑集40巻3号215頁。被告人宅の寝室に承諾なしに立ち入った行為について、「当初から無断で入る意図はなく、…被告人の承諾を求める行為に出ていること」、任意同行の際に警察官による有形力の行使はなく、被告人が異議を述べずに同行に応じていたこと、「警察署に留まることを強要するような言動はしていないこと」、採尿自体が「被告人の自由な意思での応諾に基づき行われていること」などの事情から、立入り、任意同行、そして採尿という一連の手続について、違法の重大性を否定したもの。

59 この点を指摘するものとして、黒澤陸「判批」速報判例解説25号195頁（2019年）、198頁。

60 黒澤陸教授は、⑦が共用部分を「住居に準ずる私的領域」に該当するとした理由が、被告人を含む住人のプライバシーの侵害の点にあったことから、共同住宅であっても憲法35条の保障が及ばない場合があることを指摘される。黒澤・同上、197頁。石田倫識「判批」法学セミナー767号28頁（2018年）も参照。

（４）令状請求手続に違法の重大性を認めたもの

⑧東京高裁平成28年6月24日判決⁶¹

本件の事実の概要は、次のとおりである。コンビニエンス・ストアの駐車場で、被告人が隣の自動車にドアを当ててしまい相手方と口論となったことにより、110番通報を受けた警察官らが臨場した。警察官は、被告人が立ち去った後、予め提示を受けた運転免許証で被告人の人身事項を把握していたため犯罪歴を照会し、覚せい剤取締法違反の犯歴を確認し、被告人に電話で警察署への出頭の約束を取り付けた。しかし、翌朝、被告人が体調不良を理由に出頭を拒否したため、警察官は、駐車場でトラブルについて直接の謝罪を求める相手方が警察署に来るので被告人にも出頭して欲しいなどと虚偽の事実を告げた。しかし、被告人が応じなかったため、警察官らは、同日に被告人方を訪れ説得を重ねた。最終的に、被告人自らパトカーに乗り、その車内で覚せい剤使用の有無などの質問がなされた。その後、被告人が任意採尿に応じなかったため、警察官は、被告人の犯歴照会をトラブル発生日の翌日に行った旨等の虚偽を記載し疎明して強制採尿令状の発付を得た。令状に基づき病院に連れて行ったところ、被告人自ら排尿したため、尿を差し押さえ、覚せい剤取締法違反で緊急逮捕した。

本判決では、被告人の薬物事犯の嫌疑を持ちつつ、それとは別件の駐車場でトラブルを口実として被告人を錯誤に陥らせた任意同行について、「被告人を錯誤に陥れて、パトカーに乗車させた疑いがある」とし、被告人の犯罪歴照会に関する捜査報告書への虚偽記載をした強制採尿令状請求手続に関して次のように述べて、その結果得られた尿の鑑定書の証拠排除を認めた。「被告人に対する覚せい剤使用の嫌疑を抱き、その嫌疑が濃厚になっていった経緯は、強制採尿令状の請求を受けた裁判官が令状を発付するに足りる嫌疑があるかどうか判断する上で重要な事実であるのに、その経緯について意図的に事実と異なる記載した（原文ママ）本件捜査報告書を強制採尿令状請求の疎明資料として裁判所に提出した行為は、令状請求に関する裁判官の判断をゆがめるものであり、そのような疎明資料を提出して強制採尿令状を得た捜査手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があるといえる。しかも、上記の通り、警察官らが、本件トラブルを口実として、相手方が警察署で待っているかのようなうそを言って警察署への出頭を求めるなどし、被告人を錯誤に陥れて、立ち去ることが困難なパトカーに乗車させるなどした疑いがあるが、そのような捜査行為は、覚せい剤使用の嫌疑に基づく任意捜査として許容されるものではない。そうすると、強制採尿令状の発付を受けて被告人の尿を差し押さえた捜査過程には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、そのような違法な捜査と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。」

⑨東京高判平成29年6月28日⁶²

本件の事実の概要は次のとおりである。警ら中の警察官は、被告人がエンジンをかけたまま軽トラックを停止させてゴミ集積所をのぞき込んでいたことから窃盗の疑いを抱き、職務質問を開始した。被告人がこれに応じ運転免許証を提示した後、警察官は前歴照会によって被告人の覚せい剤取締法違反の犯歴を把握して、所持品および車内の確認、腕の確認、採尿のための同行などを求めた。それらの求めには応じずに被告人が車に戻りギアを入れたところを、警察官が車のドアの窓から手を差し入れてエンジンを切り、鍵を抜き取って、運転席のドアを開けて車体とドアの間に体を入れた。その後、警察官は、被告人に鍵を返却したものの、鍵の差込口を手で塞ぎ続け、被告人に対し尿の任意提出の説得を続けた。被告人がこれに応じなかったため強制採尿令状を請求することとし、疎明資料として、被告人が突然怒号し騒ぎ立てた、目の焦点が合わず瞳孔が開き頬が痩せこけている等の虚偽ないし誇大な記載をした捜査報告書を添付して、令状が発付されるまでの間、鍵の差込口を塞ぎ続けるなどして被告人を約5時間にわたって留め置いた。その後、発付された強制採尿令状が呈示されると、被告人は尿を任意提出し、そこから覚せい剤陽性反応が出たため緊急逮捕された。その後、被告人方の搜索差押許可状が執行され、覚せい剤と注射器が発

61 東京高等裁判所（刑事）判決時報67巻1-12号69頁。

62 判時2402号105頁。

見された。

本判決は、職務質問とそのための停止行為については必要かつ相当な行為でなされ適法であるとしたものの、令状呈示までの留置きについては、被告人の薬物使用を疑わせる具体的な身体的特徴を見出すことができなかつたとし、その「嫌疑の程度と留め置いた時間を比較衡量すると、このような長時間被告人を留め置いたことは違法といわざるを得ない」とした。そして、本件令状請求について、「確かに、覚せい剤の前歴がある者が腕の提示や尿の提出を拒むということは、覚せい剤使用を疑う一つの事情といえなくはない。しかし、これは嫌疑の有無、程度としては未だ抽象的なものに過ぎないのであり、その他に覚せい剤を疑わせる具体的な事情が認められない限り、強制採尿令状を発付するに足りる嫌疑があるとはいえないというべきである。そして、本件の場合、被告人の覚せい剤使用を疑う事情としては、覚せい剤の前歴のほか、被告人が腕の提示や尿の提出及び所持品検査を頑なに拒んでいるといった事情しかないのであるから、本件記載のごとき被告人の身体的特徴や挙動といった覚せい剤の薬理作用をうかがわせる事実は、令状発付の判断をするにおいて極めて重要なものとなる事情である。ところが、…〔警察官〕は、このような重要な事実について、意図的に本件報告書に事実と異なる本件記載をし、これを本件令状請求の疎明資料として提出しているのであるから、このような行為は、令状請求に関する担当裁判官の判断を大きくゆがめるものである。したがって、他に覚せい剤使用の嫌疑を基礎づける明白な事情が存するなど特段の事情のない本件においては、そのような疎明資料を提出して強制採尿令状の発付を得た捜査手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があるというべきである」とした。そして、「違法な令状請求に基づく令状の執行のために」本件留置きがなされた結果、強制採尿令状を提示することが可能となったからには、これら「一連の手続過程には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、そのような違法捜査に基づき採取された尿と密接に関連する証拠の証拠能力を認めることは、将来の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、本件尿の鑑定書の証拠能力は否定すべきである。」また、搜索差押は本件尿と密接に関連する資料で疎明して発付されたと推認できる令状に基づいてなされたものであるから、「本件覚せい剤についても、違法捜査に基づき採取された尿と密接に関連する証拠というべきであり、本件覚せい剤の鑑定書についても、同様に、証拠能力を否定すべきである」とした。

⑩ 東京高判令和元年 7 月 16 日⁶³

本件の事実の概要は次のとおりである。警ら中の警察官らは、交通違反の嫌疑で職務質問と所持品検査を行った際、無断で着衣の上から陰部付近を触られた被告人が怒ったことから、そこに薬物を隠匿していることを疑い、下着の中を見せるように執拗に説得し「中に隠していなければ見せることができるはずだ」などと言い続け、被告人がズボンと下着を膝まで下ろすに至った。その後、警察官は、免許証が現場から離れた場所にあるという被告人からの説明を受けたため、その場所まで行き免許証を確認した後、警察署に被告人を任意同行して反則切符の告知をして帰宅させた。照会をした結果、被告人の薬物犯罪歴が判明したため、警察官は、覚せい剤の所持および使用を被疑事実とした搜索差押許可状と身体検査令状および強制採尿令状を請求したが、疎明資料には、無断で陰部付近を触った事実は記載せず、被告人が覚せい剤を隠匿していたために怒り所持品検査を拒否した旨の記載をし、後には同様の内容の証言も行った。被告人に令状呈示がされ、病院に移動した後、被告人は自ら尿を出すことに応じた。

本判決は、被告人の承諾なく着衣の上から陰部付近を触れる行為について、「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搜索を実施するに等しいもの」であり、「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」とした。次に、「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警察官の言動は、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」とした。次に、本件令状請求手続にあたっては「手続的な違

63 LEX/DB25563320。

法を糊塗するため」、疎明資料に所持品検査の際の事実を記載したもので違法とし、「令状がないのに意図して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書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、以上の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」とし、その後の任意採尿によって得られた本件尿の鑑定書には「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」として、その証拠能力を否定した。また、虚偽記載をしたのみならず、後に公判廷で事実と異なる証言をしていることについて、「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」とした。

この類型は、令状請求の際の疎明資料の記載に事実と異なる記載がなされたというものである。⑧は、任意同行の際に被告人を錯誤に陥れたこともまた違法としているが、捜査報告書への虚偽記載に注目すると、虚偽記載について原審⁶⁴が、警察官による「意図的」な虚偽記載を否定し違法の重大性を否定した一方で、これを「意図的」なものであることを指摘してその違法の重大性を認めた点で、警察官の主観的事情が違法の重大性判断に影響を与えたことは否定できない⁶⁵。令状審査が適正に行われることは当然に要求されるが、⑨は、令状発付の判断にあたり「極めて重大なものとなる事情」を「意図的に」虚偽ないし誇張の記載をして疎明資料として提出したことを指摘し、違法の重大性を認め、よりこの点について詳細に触れている。なお、⑨は、違法な請求手続がなされた令状が発付されるまでの間の約5時間の留置きについても違法とするが、このような虚偽等を記載した疎明資料の提出の問題は、二分論の適用が認められるにつれ、その関係でも深刻化すると指摘されている⁶⁶。⑩は、無承諾で着衣の上から陰部付近に触る行為を、「無令状で捜索を実施するに等しい」とした一方、公道上で下着を脱ぎ陰部を露出させるに至った点については、「有形力行使したわけではないものの、その言動は違法である」としているにとどまり、これらに疎明資料の虚偽記載が行われたことを加えて「違法に違法を重ねるもの」として違法の重大性を認めていることから、最終的には虚偽記載を重視したものと考えられる。「手続的な違法を糊塗するために」行われたと述べたことから、目的を持って「意図的」に行ったとの主観的事情を考慮したと思われるが⁶⁷、所持品検査ときに「令状がないのに意図して陰部付近の捜索を行い」とするほどまでに違法を認識していたことまで推認できるかは疑問が残らないではない。⑧、⑨、⑩が全て「意図的」な虚偽記載を認めて違法を重大としていることから、過失により事実と異なる記載がされた場合については明らかではないが、「令状発付の実質的要件に関する疎明資料の誤りは、令状請求に関する裁判官の判断をゆがめ誤らせることに直結するものであり、判断を誤らせる危険性は、疎明資料の誤りが意図的なものであっても過誤によるものであっても、少しの根拠があろうとなかろうと、変わりはない」と述べる宇都宮地判平成29年5月22日⁶⁸もあり、裁判所としては一般的な傾向として令状請求手続の違法に対して厳しい態度をとるものと思われる。同判決が上記直前部分で「単なる軽微な誤記であればともかく」としていることに着目すると、誤った記載が令状発付の審査には実質的な影響を与えない軽微なものであるといえ、しかもそれが明らかにミスであるといえるような「意図」を打ち消す事情があれば違法かつその程度が重大であるということにはなり得ない可能性もある。そうすると、ここでは他の類型とは異なり、軽微な過失による

64 静岡地判平成27年12月10日 LEX/DB25543497。

65 榎本雅記「判批」法学教室436号142頁（2017年）と同旨。

66 河村有教「留め置きにおける『二分論』の適用の是非について—札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁と東京高判平成22年11月18日判タ1374号248頁の検討を中心に—」海保大研究報告64巻1号93頁（2019年）、109-111頁。

67 金子章教授は、違法の重大性を評価するにあたって、「警察官らの違法を糊塗するための隠蔽行為は、法無視の態度の表れであり、そこから推認されるところの手続的な違法を認識しつつあえて行ったものであるとの主観的事情も考慮されていると考えられる」とされる。金子章「判批」法学教室471号144頁（2019年）。

68 LEX/DB25546309。

誤りであるとする事情がなければ、積極的に「令状主義潜脱の意図」として有意性が認定され、「意図的」でなかったとしても法無視の態度を考慮に入れて違法の重大性を肯定するというような幅をもった判断はあり得ず、令状発付の判断を左右するような重大な点について「意図的」な虚偽・誇張の記載が認められた場合には、それは直ちに重大な違法として認定されるものと思われる。

(5) 逮捕に違法の重大性を認めたもの

①東京高裁平成29年10月19日判決⁶⁹

本件の事実の概要は、次のとおりである。高速道路でガソリンが切れたという被告人からの非常電話を受けたC株式会社のEらによる応援要請によって臨場した警察官は、被告人に対して職務質問と所持品検査を実施した後、警職法3条1項1号に基づく保護をした。警察署で保健所の職員による面接が行われ措置入院は不要とする判断ができたが、警察官は、薬物使用の疑いを理由として被告人に尿の任意提出を求めた。被告人は、予試験を実施しないことを条件に一旦は応諾するも、予試験が実施されようとしていることを推知して尿の任意提出書の記入を拒否して警察署を退出しようとし、それを警察官数名で肩や腕等を押さえて阻止し、仰向けに倒れた被告人の両腕足を数名で押さえ付けるなどしながら、約1時間40分に渡り留置きの行為が続けられた。そして、これら有形力行使の際の身体的接触を捉えて警察官が「公妨、公妨」と声を上げたのに応じて、数名の警察官が被告人を制圧し、暴行の事実はないにもかかわらず公務執行妨害で現行犯逮捕した。逮捕手続書に虚偽の事実を被疑事実として記載し、翌日、この逮捕手続書を疎明資料として請求された強制採尿令状が発付され、この呈示を受けた被告人が任意で尿を提出し、その鑑定書が作成された。

本判決は、本件保護を適法としたが、その後の留置きの目的は「差押許可状の発付を受けて被告人の尿を差し押さえ、被告人を逮捕することが可能な状況になるまで、被告人の身柄を確保することにあつたものと推測される。このような目的の下に、前記のような有形力を行使しながら…〔警察署内に留め置いた措置は、被告人に対する覚せい剤使用の嫌疑や、被告人が承諾して尿を採取していたことなどの〕事情を考慮しても、任意捜査の限界を超えた違法なものといわざるを得ない」とし、現行犯逮捕については、「被告人が公務執行妨害を行なったと認めるに足りる状況になく、現行犯逮捕ができる状況にもないのに、被告人を現行犯逮捕した上、虚偽の事実を被疑事実として記載した本件逮捕手続書を作成するなどして、本件現行犯逮捕に基づく身柄拘束を継続させた疑いがあり、このような手続が違法であることは明らかである」とした上で、「本件において、警察官らは、身柄拘束されていない被告人に対し、強力な有形力を行使しながら、約1時間40分間にわたって違法に警察署内に留置き、更に、犯罪の嫌疑がなく、現行犯逮捕ができる状況にもないのに、被告人を現行犯逮捕した上、虚偽の事実を被疑事実として本件逮捕手続書に記載するなどして、違法な現行犯逮捕に基づく身柄拘束を継続させた疑いがあり、これら一連の捜査手続は、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」とした。そして、その後に行われた採尿の結果である鑑定書の証拠能力について、採尿手続が違法な身柄拘束を利用して実施されたものである上、強制採尿令状が本件現行犯逮捕の逮捕手続書を疎明資料としていたことなどから、「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証拠というべきであり、その違法を承継するものというべきである。また、警察官らは、上記のとおり、虚偽の事実を被疑事実とする本件逮捕手続書を作成したり、原審公判でも、これと同旨の証言を行ったりしているものであり、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といわざるを得ず、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も相当でないというべきである」とした。

②東京高裁平成30年6月22日判決⁷⁰

本件の事実の概要は、次のとおりである。警察官は、コンビニエンス・ストアの駐車場に駐まっていた

69 LEX/DB25549842。

70 LEX/DB25549842。

被告人車両を不審車と認めて、運転者に職務質問を行うため待機し、店内から出てきた被告人に声をかけようと近づいた。警察官は、車両に乗り込む被告人を制止しようとする中で、暴行の事実がないにもかかわらず被告人を公務執行妨害の被疑事実で現行犯逮捕した。警察官は、警察署で尿の任意提出に応じるよう求めたが、被告人がこれに応じなかったため強制採尿令状の請求手続を開始し、その後、その発付を得た。その後、被告人は尿を任意提出し、その鑑定がなされた。一審で、警察官は、職務質問の際に被告人が警察官の胸部を押して突き飛ばす暴行を行った旨の証言をしたが、防犯カメラ映像からは暴行の事実が確認できなかった。

控訴審である本判決は、本件採尿自体は被告人が警察官からの再三の説得に応じて任意で尿を提出したというものであり違法性はないとしたが、前提となる公務執行妨害罪の成否について、弁護側からの防犯カメラ映像の画像解析結果に基づいて公務執行妨害の事実を否定し、本件現行犯逮捕を違法とした。そして、「本件は、公務執行妨害を被疑事実として被告人を現行犯逮捕したものであるが、被疑事実自体が存在しない以上、本件逮捕手続には、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるというべきである。公務執行妨害と覚せい剤取締法違反とは別罪であり、先行する違法手続が後行の覚せい剤取締法違反事件の捜査を目的としたものとは認められない。…〔しかし、被告人に対して行われた任意採尿についての〕再三の説得行為は被告人が身柄拘束中でその場から自由に退去することができない状態にあることを利用してなされたものであるといえる。そうすると、この採尿手続によって得られた被告人の尿は、令状主義の精神を没却する重大な違法があると評価される逮捕手続と密接な関連を有する証拠というべきであり、このような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、相当ではないから、その証拠能力を否定すべきであり、これを鑑定した本件鑑定書も同様に評価されるべきものである」とした。

⑬釧路地裁令和元年9月27日判決⁷¹

本件の事実の概要は次のとおりである。警ら中の警察官は、飲酒運転の疑いから被告人が運転する車両を停止させ職務質問をし、運転免許提示後に所持品検査を拒否して走り出した被告人を追いかけ、被告人の頭に腕を巻きつけてヘッドロックをするなどの有形力を行使して停止させ、数名でその身体を制圧し、暴行の事実がないにもかかわらず被告人を公務執行妨害で現行犯逮捕した。その後、警察署で所持品検査を行い、被告人のバッグから発見された大麻2袋を領置した。被告人は大麻取締法違反および公務執行妨害の罪で起訴され、第一審は被告人を有罪としたが、控訴審は審理不尽を理由として破棄し差戻した。

差戻審である本判決は、被告人から体当たりや肘で顔面の殴打をされた旨の警察官らの証言について、本件再現の結果を記載した捜査報告書に被告人による体当たりの状況が再現されていないこと、食い違いのある警察官らの証言には「意図的な虚偽供述を疑わせる不審な点」があること等を指摘してその信用性を否定した一方、被告人の証言の信用性を認め、「被告人が体当たりおよび左肘を打ち付ける暴行を加えたことを認めるに足りる的確な証拠はない。したがって、被告人が公訴事実記載の暴行を加えた事実を認めることはできない」とした。そして、「〔停止行為としての〕ヘッドロックは、被告人の身体を直接拘束する強度の有形力の行使であり、その結果として被告人にけがまで負わせた認められるのであるから、それが短時間の行為であった点を踏まえても、必要最小限度のものとはいえず、明らかに行過ぎである。…〔警察官〕の行為は、職務質問に付随する停止行為として許容される限度を逸脱した違法なものといわざるを得ない。」「〔その他の警察官らも〕…ヘッドロックするのを目撃していたはずであるから、もはや職務執行の適法性の要件を満たさず、現行犯人逮捕が許される場合でないことは容易に判断できたと認められる。それにもかかわらず、警察官らは、現行犯人逮捕などとして制圧行為に及び、被告人の身体的自由という重要な権利を制約しているのであって、本件逮捕手続には、警察官らの令状主義の精神を軽視する姿勢が表れているといわざるを得ない」とした。その結果、本件大麻については、「警察官らは、もともと所持品検査を目的として職務質問中に停止行為に及んでいる上、その過程で被告人を公務執行妨害の嫌疑で現行犯逮捕し、これによってもたらされた身柄拘束状態を直接利用して所持品検査を行い、本件大麻を押収

71 LEX/DB25564211。

したものである。したがって、本件大麻は、先行する違法な職務質問及び本件逮捕手続と密接な関連を有する証拠というべきである」として、本件職務質問および逮捕手続に重大な違法を認め、本件大麻と鑑定書の証拠能力を否定した。

この類型は、いずれも公務執行妨害にあたる事実がないにもかかわらず被告人を現行犯逮捕したというものである。これらの逮捕はいずれも、被告人を任意処分に応じるように停止させる中で強度な有形力が行使された後になされたものである。逮捕の際は被疑者による抵抗や逃走等があり得るからには、逮捕の実効性確保のため合理的な範囲での実力行使も認められるが、それは当然のことながら逮捕の要件が満たされている場合にのみ許容される。逮捕が違法とされた点では平成15年判決も同様であるが、平成15年判決が令状の不呈示という違法であった一方、これら裁判例は被疑事実自体が存在しないのにも関わらず逮捕をしたというものであり、一口に違法な逮捕が行われたといっても、その違法の程度は決定的に異なるであろう。公務執行妨害の事実がないにもかかわらず逮捕をしたという点のみで重大な違法が認められると考えられる。⑪は、事実と異なる記載をした逮捕手続書や後の証言があったことを「手続的な違法を糊塗しようとするもの」と指摘するが、この点は鑑定書についての排除相当性を認める文脈で触れられた箇所であることから、違法の重大性よりもむしろ排除相当性を認める要素として考慮したと考えることができる。⑫は、警察官が逮捕手続について公務執行妨害の事実があったかのように証言しており、原審がその信用性を認めた一方で⁷²、控訴審である本判決は現場防犯カメラの映像等の客観的証拠に基づきその証言の信用性を否定したが、警察官の主観的事情については触れることなく逮捕手続の違法の重大性を認めている⁷³。⑬は、警察官証言の信用性検討の段階で「意図的な虚偽供述」と述べており、また違法な現行犯逮捕であることが容易に判断できたと認められるのに逮捕をしたことを「令状主義の精神を軽視する姿勢が表れている」として違法の重大性を認めたことから主観的事情を考慮に入れたと思われるが、被疑事実が存在しないにもかかわらず逮捕したというのは、まさにそれ自体で違法の重大性を認めるに十分であり、少なくともこの類型においては、違法の重大性を肯定するにあたって主観的事情が決定的な役割を果たしたものは考えられないであろう。

4. 主観的事情の内容

最高裁判例については、違法の重大性判断にあたって「令状主義潜脱の意図」の存否が重視されてきたと解し得る。しかし、下級審レベルでの裁判例を概観するに、まさに「意図」といえるような有意性がある場合だけではなく、「令状主義の精神を軽視する姿勢」(裁判例①)や、令状主義遵守の「意識のなさ」(裁判例⑤)、令状主義に対する「配慮」がない(裁判例⑥、⑦)等の警察官の主観的事情も考慮されて違法の重大性が導かれていることを観察でき、最高裁において「令状主義潜脱の意図」の存在が積極的に認められなければ違法の重大性が否定されてきたということとは異なった展開を示しているように思われる。このことは、最高裁が示した判断枠組とその考慮要素自体を変更するものではないとはいえ、警察官の「意図」以外の主観的事情が一定の幅をもって考慮され、一それを「令状主義潜脱の意図」という語で表すかどうかは別として一、令状主義を蔑ろにするような態度までも違法の重大性を肯定するものとして従来よりも広く取り込まれる方向性を示しているように思われる。

このことについては、二つの解釈があり得る。一つは、「令状主義潜脱の意図」の存在は未だ重要な要素ではあるが、その認定が緩やかになったという見方である。この場合、「意図」が明らかにあったときだけではなく、令状主義に対する意識が欠けるとか配慮が十分ではないというような態度があったときも、「令状主義潜脱の意図」があるものとしてその中に取り込まれると考えられる。もう一つは、「令状主

72 千葉地裁平成29年1月17日判決(判例集未搭載)。

73 ただし、本件弁護人の中井淳一弁護士は、警察官の証人尋問を実施しないまま本判決が逮捕手続の違法の重大性を認めたことから、「防犯カメラ動画から認定できる客観的事実と明らかに異なる内容の証言を警察官が行ったことを重く見た判断であると推察される」とされる。中井淳一「事例報告」季刊刑事弁護97号80頁(2019年)、83頁。

「意図」の存在は、違法の重大性判断にあたっての決定的な要素としては最早考えられておらず、「意図」以外にも、違法であることを認識できたはずであるのにそれを怠ったというような態度が、「令状主義潜脱の意図」とは別のものとして、違法の重大性を肯定する主観的事情として考慮されるという見方である。例えば裁判例⑤は前者のようであるが、本稿で扱った裁判例からは後者の理解の方が素直なようにも思われるし、「意図」まではない場合をも「令状主義潜脱の意図」と一言で表現することは適切でないように思われる。しかし、いずれの見方によっても、主観的事情が考慮されるという前提に立てば、結果としては、違法の重大性が否定されてきたようなケースであっても、違法が重大であるとして証拠排除を導く可能性が出てきたことには注目すべきである。

しかし、そうであるとすれば、客観的な違法の程度の判断は具体的事情を検討した上でなされるので、違法の重大性が肯定されるのは必ずしも違法な強制処分が行われた場合に限定される必要はないこと、また、違法な強制処分が行われたと評価しつつも違法の重大性についての検討をしている裁判例もあるので、違法な強制処分が直ちに証拠排除に結びつかない場合もあり得ることを考えると、第一段階目での違法判断がより詳細かつ慎重に行われることが求められるようになるのは言うまでもなく、第二段階目の証拠排除判断でも違法の程度を検討するための諸要素がより丁寧に吟味されることが求められるようになると思われる。特に後者の見方の場合には、「令状主義潜脱の意図」という語に縛られずに主観的事情が違法の重大性を肯定する方向で考慮されることになるため、前者に比して客観的事情との相関関係がより重要とされるであろう。そこでは主観的事情は、「令状主義潜脱の意図」の一語で表されない、即ち、単純な存否の判断だけではない微妙な程度問題が生じることになるからである。例えば、無令状での強制処分としての違法が認められた場合にはそれ自体で一定程度違法性が高いので、主観的事情としての令状主義を蔑ろにするような態度の程度が比較的低くても違法の重大性は肯定される可能性がある。その反対に、客観的に違法性が相当程度まで高いとはいえないとされる場合には、「意図」的あるいはそれに近い程度までの主観的事情が認められなければ違法は重大とはされない可能性がある。そのため、裁判所においては、違法の重大性判断の前提となる違法の評価と、違法の重大性判断における客観的事情の検討も慎重に行われることが求められることになろう。

なお、令状請求のための疎明資料に令状審査に影響を与える重要な事項についての虚偽記載が「意図的」にされた事実が認められる場合には、そのことが違法の重大性に直接結びつくものと考えられるから、ここでは「意図」が存在することが重視されるといえよう。しかし、これは、「意図的」に行ったことを否定する事情がなければ「意図」の存在ありとされるであろうから、これもまた「令状主義潜脱の意図」が比較的緩やかに認定される、あるいは主観的事情が一定の幅をもって違法の重大性を肯定する方向に考慮されると言い得る。

しかし、上記どちらの見方に立とうとも、仮に、警察官の主観的事情が、違法の重大性判断を肯定する方向へと、これまで最高裁が示してきたよりも広く取り込まれて証拠排除が多くなされることに結びつくのだとすれば、はたしてそれは歓迎されるべきなのであろうか。例えば、一般的に考えて違法であると認識もしくは判断できたはずであるとの理由から令状主義を軽視する態度があったとして違法の重大性が認められる場合、証拠排除がなされればその分だけ警察官に対する制裁や懲罰的な意味として受け取られる傾向が強くなる。私見としては、排除法則は警察官個人や捜査機関への制裁的装置として用いられるべきではなく、また、被告人への救済策でもなく⁷⁴、一勿論、それらの効果が反射的に現れることは否定できないが、それを主たる目的とするのではなく一、国家による適正な刑罰権行使という観点から用いられるべきものであると考えるが、幅をもった主観的事情の考慮が排除法則の根拠との関係でいかなる意味を持つのか興味深く、これによる影響についても検討を要すると思われる。証拠排除事例が集積することは、現場で目まぐるしく変化する状況下において適切な手法を選択することを即座に迫られる警察官の判断材料の一つとして役立つものであるといえる一方で、幅をもった主観的事情が違法の重大性を肯定する方向

74 拙稿「適正手続による証拠排除—Richard Re の『The Due Process Exclusionary Rule』を手がかりとして—」筑波法政66号89頁（2016年）等参照。

に働くことで、証拠排除が制裁的意味合いを強く帯びるものとなれば、職務執行にあたる現場の警察官の萎縮効果を生むことに繋がるおそれも否定できない。また、些細な手続の誤りであっても、警察官が証拠排除を避けるために事後的にそれを糊塗する動機にも繋がり得る。被告人の側に目を向けると、証拠排除が比較的認められやすくなることで、被告人への救済的意味合いを強く帯びるものとなれば、証拠排除の主張が多くなされることになるが、これが争点の混乱と不要な裁判の遅延を生じさせることに繋がるおそれも否定できない。

また、違法を行った警察官個人の主観的事情が具体的事情の下で考慮されるとはいえ、それがこれまでよりも違法の重大性を認める方向で幅広く考慮されることは、捜査機関に影響を与えないわけではない。特に薬物の所持や自己使用の場合には、証拠排除により有罪立証のための決定的な証拠を失うこととなる。捜査機関に対しては、現場での適切な判断をする能力を養うための警察官の教育を行うことがより一層求められることにもなるし、新たな捜査手法について、それに特有の性質を考慮しつつとるべき手続等を把握した上で、内規を整える更なる必要性にも迫られるように思われる。

違法の重大性判断にあたって主観的事情を幅広く考慮し証拠排除を比較的認めやすくなるということが、仮に上記のような捜査機関の変化をもたらすものとなれば、違法捜査の抑止効への積極的な評価というものもあり得るし、また一方で、現場での警察官の萎縮効果を生みあるいは裁判の遅延をもたらすものとなれば、排除法則自体への否定的評価は強まることもあり得る。傍論であるとはいえ、昭和53年判決は、我が国で排除法則を採用することを一般論として認めた際に、刑事訴訟法1条のいう目的の見地から証拠能力の検討を要するとした。下級審における排除法則の展開があるとしても、排除法則が与える積極的あるいは消極的な影響を考慮しつつ、主観的事情が考慮されるべき幅について、意図あるいはそれに近い程度から過失に過ぎないといえるような程度との間で、どこまでそれを違法の重大性を肯定する方向に取り込むべきであるかを丁寧に調整していく必要が生じつつあるように思われる。

5. おわりに

本稿では、これまで証拠排除の要件としての違法の重大性判断にあたって重視されていると言われてきた主観的事情に焦点を当て、最高裁のいう主観的事情としての「令状主義潜脱の意図」が、有意性といえるような積極的あるいは明白な「意図」を指すことを確認した上で、最近の下級審裁判例のうち証拠排除を認めたものの中では、「意図」が認められる場合以外の幅をもった主観的事情が違法の重大性を肯定する方向に考慮されていることを指摘した。そのことは、排除法則の運用に少なからず影響を与え、違法の重大性判断の前提となる違法判断や違法の重大性判断における客観的事情の考慮が、より詳細かつ丁寧に行われる必要性を生み、同時に、排除法則の根拠とも関連した議論にも影響を与えるように思われ、今後の排除法則の展開が注目される。また、本稿では、主観的事情が違法の重大性肯定にあたってどのように考慮されつつあるのかを確認するために、証拠排除が行われた裁判例に焦点を当てたが、証拠排除を否定した裁判例⁷⁵や、昨今の様々な捜査手法の場合（例えば、それが強制処分にあたるか否かの判断が定まっていないものである場合に主観的事情をどのように考慮するかということ等）との比較も行う必要がある。以上の残された課題については他日を期したい。

(筑波大学人文社会系助教)

75 例えば、違法の重大性を否定して証拠排除を認めなかったものとして、東京高判平成28年4月15日東高刑事時報67巻1-12号28頁（職務質問の際の停止行為について違法とし、その後に行われた所持品検査等も違法を承継するものとしたが、被告人が逃走し、薬物事犯の嫌疑が高かった上、職務質問や所持品検査の必要性、緊急性も認められ、停止行為には、「とっさの行動が行き過ぎた面が大きく、警察官らに令状主義に関する諸規定を潜脱する意図はなかった」として、違法の重大性を否定した。）や、さいたま地判平成29年2月21日判時2402号111頁（裁判例⑨原審。職務質問の際の留置きの措置を違法としつつも、その留置きの間に直接の有形力が行使されていないこと、被告人の行動の自由の制約が必要最小限度であったこと、職務質問開始から一時程度で令状請求の準備に取りかかっていること等から、「警察官らにおいて、当初から長時間の留め置きをする意図があったものとは認められない」とした。また、捜査報告書への記載についても、それによって「令状裁判官の判断を誤らせたとは認められない」として違法の重大性を否定した。）等がある。