

## 違法収集証拠排除法則の根拠について —抑止効の側面から—

守田智保子

はじめに

1. わが国における議論
2. アメリカにおける議論
  - (1) 排除法則の黎明期
  - (2) 抑止効の台頭
  - (3) 唯一の理論的根拠の確立
3. 抑止効の検討
  - (1) 捜査官の態度への効果について
  - (2) 代替案について
  - (3) 他の根拠について
4. わが国への示唆

おわりに

はじめに

違法に獲得した証拠の裁判での使用を許容するか否か、という問題は、これまでの長きにわたって、わが国においても議論がなされてきた。しかし、違法に獲得した証拠を許容しないとする違法収集証拠排除法則（以下、排除法則とする）が紹介されて以来、わが国においては、すでにこの法則にかんする判例の集積のあったアメリカの議論を輸入するかたちで議論が展開してきた。それ故、排除法則の理論的根拠も必然的に、アメリカにおいて提示されたものに強く影響を受けるかたちになった。

わが国において排除法則の採用について最高裁が初めて明言したとされるのは、

昭和53年9月7日第一小法廷判決<sup>1</sup>であるが、そこでは、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」があり、「将来の違法捜査抑制」のためにそのようにして得られた証拠を排除することが相当である場合に、証拠排除がなされるとされた。今日ではよく知られた「違法の重大性」と「排除相当性」というこの2つのキーワードは、しかし、両者ともが排除の要件であるのか、または一方が排除の要件でありもう一方が排除法則の理論的根拠であるのか、仮に前者であるとしてもこれら2つの要件の関係はどのようなものであるのか等が、必ずしも明白ではないといわれ、多くの論者がこれに検討を加えてきた<sup>2</sup>。その後、最高裁が実際に証拠排除に踏み切った平成15年2月14日第二小法廷判決<sup>3</sup>が存在するものの、これによってもいまだ、わが国の最高裁の採用する排除法則の理論的根拠と排除基準は必ずしも明確であるとはいえない状況である。

しかし、排除法則は、これまで批判されてきたとおり、違法収集証拠を排除することによって——実際には極めてそれが限られた可能性にせよ——本来有罪とされるはずであった者をみすみす無罪放免としてしまう危険性を孕むものであり、それ故に実際に証拠排除をするという判断は極めて慎重になされるべきものである。しかし、その決断にあたって、排除法則の根拠をいかに捉えるかが極めて重要になると考えられる。

そこで、かのアメリカに目を向けてみるとその理論的根拠として将来の違法捜査を抑止する効果——いわゆる抑止効——が非常に重視されていることがわかる。わが国の最高裁も前述53年判決において、この将来の違法捜査抑止について言及している。そこで、本稿では、この抑止効について、今日のような重要な役割を担うことになった経緯とその効果について検討を加える。

---

1 刑集32巻6号1672頁。

2 鈴木義男「排除法則とパターンリズム」法律のひろば50巻1号72頁以下(1997)、小早川義則「刑事判例研究2 違法収集証拠の証拠能力」名城法学第29巻第1・2号合併号177頁以下(1980)、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除(下)——最高裁第一小法廷昭和53年9月7日の判決をめぐって——」ジュリスト680号107頁以下(1978)、岡次郎「最高裁違法収集証拠排除判決について」ジュリスト679号56頁以下(1978)、石井一正「違法収集証拠排除の基準」判例タイムズ577号8頁以下(1986)、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(成文堂、1988)197頁以下、長岡哲次「違法に収集した証拠」『刑事訴訟法の争点[新版]』(有斐閣、1991)222頁、加藤克佳「違法収集証拠排除法則」法学教室245号38頁以下(2001)、堀江慎司「違法収集証拠の証拠能力(1)」刑事訴訟法判例百選[第8版]136頁以下(2005)、山本正樹「違法収集証拠の排除に関する一考察」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集[下巻]』(成文堂、2007)487頁、など参照。

3 刑集57巻2号121頁。

## 1. わが国における議論

まずは、わが国の裁判所および学説において違法収集証拠がいかに扱われてきたのか、という点について簡潔に確認する。

旧法下の判例を確認すると、大審院明治26年12月18日判決は、違法な処分において作成された調書について、次のように述べてその証拠能力を否定した。

「警察官ハ……非現行犯ニ在テハ検証及ヒ訊問調書ヲ作ルノ権能ナキ勿論ナリトス今盜難事件調書ヲ見ルニ……本件ハ非現行犯ナルニモ拘ワラス警察官ハ其犯処ニ臨ミ検証調書ヲ作りタル……モノニシテ則違法ノ書面タルヲ免レス然ルニ原院ニ於テ右検証調書ヲ以テ断罪ノ証ト為シタルハ違法ノ裁判 [なり]<sup>4</sup>」

その一方で、大審院明治27年5月24日判決は、違法な処分において得られた証拠について証拠能力を認めている。

「予審判事カ警察官ヲシテ之ヲ押収セシメタルハ違法ノ処分ヲ免カレサルモノトスルモ警察官ヲシテ更ニ調書等ヲ作成セシメタル場合ト異リ其押収ノ物件其レ自体ニテ既ニ証拠タルノ効力ヲ具備シ居レハ原院カ之ヲ以テ断罪ノ資ト為シタルハ不法ノ裁判ニアラス<sup>5</sup>」

この他にも、大審院明治27年11月19日判決がある。

「押収物件ノ如キハ其物件自体カ証憑タルヘキモノナレハ押収手續ノ当否ニ依リ其効力ニ消長ヲ来スヘキモノニアラス<sup>6</sup>」

以上は、代表的な大審院判例の一部ではあるが、ここから当時の大審院の立場を見出すことができる。すなわち、違法に獲得された証拠は、それ自体に証拠たる効力が備わっていれば証拠能力を認められるというものである。その後、旧刑訴法の時代になると、違法収集証拠の証拠能力についての判例は見られなくなる。この点

---

4 刑録明治26年263頁、266-267頁。

5 刑録明治27年197頁、201頁。

6 刑録明治27年430頁、434頁。

について、井上正仁教授は、旧刑訴法の制定によって捜査機関の強制処分権が拡大されたこと、これに加えて警察官や検察官に独自の強制処分権限が存在しない場合であっても、予審判事の令状によって捜索・押収を行うことが可能になったこと、などが、処分が違法とされる範囲を狭め、処分の違法性を証明することを困難にした、と分析されている<sup>7</sup>。

なお、団藤重光博士は、原審が拘置所から検閲のために回送してきた被告人発信の葉書について、証拠物として押収する前になした証拠調べの適法性が争われた大審院昭和15年6月1日判決<sup>8</sup>の論評のなかで無効な押収と証拠の証拠能力について、早くも次のように述べられている。

「例えば不適法なる押収によつて裁判所が集取せる物を證據として採用することを得るであろうか。同様の問題は、不適法に勾引せられた被告人に對する訊問が適法なりや否やについても考へられる。後の問題について判例は、かかる訊問も適法なりとする見解を採り（大判、昭和八年七月一八日刑集一二卷一三四一頁）、『豫審判事ハ被告事件ニ付豫審請求アリタル上ハ被告人ガ既ニ在ル否ヨリ問ハズ被告人ヲ以テ直チニ違法ナリト謂フベキニ非ズ』としてゐる。しかし勾引はそれが有効なる場合にも裁判所に引致した時から四十八時間以内に訊問することを要し、これを超ゆるときは被告人を釋放しなければならないのであつて（刑訴八九條）、若し勾引が無効なときは始めから被告人を留置する效力なきが故に、被告人を訊問するに由なきものと解さなければならない。既ちかかる場合において勾引の無効は被告人の訊問の效力にも影響を及ぼすものと解する餘地があるのではあるまいか（この昭和八年の事案では、實は勾引が無効でない場合であり、従つてこの判例の結論は支持せらるべきものと考へてゐる。しかし今は立入らない。）同様にして證據物の押収についても、それが若し無効（不適法必ずしも無効ではない）なる場合には、これを法廷に適法に顯出することを得ず、従つて證據調を爲す由なきものと謂ふべきであらう。それにも拘らず爲された證據調は同じく不適法なものと解する餘地があるであらう。押収と證據調とは別個獨立の訴訟行爲ではあるが、その故に前者の無効が後者の無効を來たすことなきものとはいへないのである。<sup>9</sup>」

7 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）13頁。

8 刑集19卷9号332頁。

9 団藤重光「40証拠物押収前に為したる証拠調の効力」『刑事判例評釈集』（有斐閣、1940）151頁以下。なお、これ以前にベーリングの証拠禁止の觀念について論じたものとして、花井忠「刑事訴訟に於ける証拠の禁止」法学新報46卷8号1頁以下（1936）。

その後、現行法下において、最高裁は、昭和24年12月13日第三小法廷判決において、次のように述べた。

「たとえ押収手続に所論の様な違法があったとしても押収物件につき公判廷において適法の証拠調が為されてある以上……これによって事実の認定をした原審の措置を違法とすることは出来ない、押収物は押収手続が違法であっても物其自体の性質、形状の変異を来す筈がないから、其形状等に関する証拠たる価値に変わりはない、其故裁判所の自由の心証によって、これを罪証に供すると否とは其権限に属する。<sup>10</sup>」

本件は、旧法適用事件ではあるが、証拠収集手段の如何によって証拠価値に影響を与えることはないし証拠能力を認めたものとしてしばしば引用されるものであり、最高裁が大審院からの基本的な立場を引き継いだことを示しているものと考えられる。

しかし、その後、現行刑訴法の制定に伴ったアメリカ法の研究が進むにつれて、学説はこのような立場に疑問を抱く傾向となり、少なくとも重大な違法による証拠収集がなされた場合には証拠排除すべきであるという主張が多数となった<sup>11</sup>。その先駆的役割を果たしたのが江家義男博士であった。江家博士は、裁判所は公判廷に提出された証拠の獲得手段がいかなるものであったかを考慮せずに許容し得るというコモン・ローからの「正統派法則（orthodox rule）」と、違法な捜索押収の結果得られた証拠を許容しないというアメリカ連邦最高裁によって提示された「連邦法則（federal rule）」とを紹介された<sup>12</sup>。その後、アメリカ連邦最高裁判例の紹介と研究が盛んになるにしたがって、違法に獲得された証拠を排除するという立場が有力となっていった。この立場を代表する論者が、平野龍一博士であり、証拠排除について、理論的根拠としてのデュープロセスの保障と、実質的根拠としての違法捜査の抑止を挙げたのであった<sup>13</sup>。この後、わが国の学説においては、排除法則を支持する立場が有力になり<sup>14</sup>、学説においては、排除法則の理論的根拠は、憲法上の適正

10 裁判集15号349頁、350頁。

11 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996）400頁。

12 江家義男「違法に収集した証拠の許容性—英米の判例を中心として—」刑法雑誌2巻3号64頁以下（1951）〔江家義男教授刑事法論文集所収〕。

13 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制（1）」刑法雑誌7巻1号22頁以下、「同（2）」同2・3・4合併号243頁以下（1957）〔捜査と人権（刑事法研究第3巻）所収〕。

14 たとえば、高橋正己「不正当な捜索により押収した物件の証拠能力について—1—」法曹

手続の要請に基づく規範説、裁判所が違法を承認してはならないという司法の廉潔性(無瑕性)説、そして将来の違法捜査を抑止するという抑止効説の3つが論じられた。

このような学説の流れと前後して、下級審の中には排除法則を採用し証拠排除決定をするものが次第に散見されるようになっていった<sup>15</sup>。その中には、排除法則の根拠について言及したのも見出される。そのひとつが大阪高裁昭和31年6月19日判決である。本件は、緊急逮捕に先行した被告人不在での被告人宅の捜索の結果発見された麻薬について、その鑑定書と捜索差押調書の証拠能力が問題となった事案である。大阪高裁は、次のように述べて、これらの証拠能力を否定した。

「違法の手続によって押収された本件麻薬、捜索差押調書等は証拠としてこれを利用することは禁止せられるものと解する。もし、違法に押収せられた物件も適法な証拠調べを経たときは証拠として利用できると解するならば憲法の保障は有名無実となってしまおう<sup>16</sup>。」

この後、当該証拠は、最高裁昭和36年6月7日大法廷判決において証拠能力を肯定されたが、「(憲法35条の保障を)侵害するような違法な手続によって、証拠物が収集された場合は、たんに違法な手続をとった者を処分するだけでなく、収集された証拠物の証拠能力を否定することが必要であり、実際においてそれが憲法の規定の趣旨である<sup>17</sup>」という横田喜三郎裁判官の補足意見等が付されている<sup>18</sup>。積極的に

---

時報8巻3号338頁以下、「同—2—」同8巻7号945頁以下(1956)、田中和夫『新版証拠法』(有斐閣、1959年)238頁以下、横川敏雄=櫛淵理「収集手続の違法な証拠の証拠能力」『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(12)』(有斐閣、1961)9頁以下、鴨良弼『刑事証拠法』(日本評論社、1962)364頁以下など、既に昭和30年後期までに多く論じられていた。

15 代表的なものとして、本文に挙げるもののほかに、東京地裁昭和41年1月13日決定判時441号62頁、横浜地裁昭和46年4月30日判決月報3巻4号594頁、仙台地裁昭和46年8月4日判決判例時報653号121頁、東京高裁昭和47年10月13日判決月報4巻10号1651頁、熊本地裁玉支支部昭和49年2月18日決定判例時報742号147頁、大阪高裁昭和49年3月29日判決高刑集27巻1号84頁、大阪高裁判決昭和49年11月5日判決判例タイムズ329号290頁、札幌地裁昭和50年2月24日判決判例時報786号110頁、大阪地裁昭和50年6月6日判決判例時報810号109頁など。

16 刑裁特報3巻12号631頁、634頁。

17 刑集15巻6号915頁。

18 このほか、「重大顕著に違法な手段によって入手された証拠を一資料としてなされた有罪判決は条理上破棄されなければならない」とする垂水克己裁判官、そして、昭和24年判決に賛同し難いという見解を明らかにし、憲法35条違反で得られた証拠を認めることはその

証拠排除の可能性を示すようなものではなかったが、大阪高裁同様、違法な捜索・押収を禁じた憲法35条の規定を考慮に入れたものであり、最高裁が排除法則採用へと踏み出した一歩であったといえる。

その後、横浜地裁昭和43年12月12日判決においても、証拠収集手続が違憲の場合に証拠を許容することに対し、前述大阪高裁と同じく「憲法の保障も有名無実になってしまう<sup>19</sup>」と述べている。これらは簡潔な言及であるものの、少なくとも憲法上の保障を確かなものとするために、という理由から証拠排除という結論に至ったものということが推察される。

このように、排除の根拠を憲法の保障を確保するという点に求める見解の一方で、適正手続の要請とする見解も多く見られる。横浜地裁昭和45年6月22日判決<sup>20</sup>、大阪地裁昭和47年4月27日決定<sup>21</sup>、そして、東京地裁昭和49年1月17日判決<sup>22</sup>などが、その例として挙げられる。

このほか、適正手続に加えて将来の違法捜査の抑止に目を向けた裁判例がある。それが仙台地裁昭和48年4月2日判決であり、詳細に次のように述べている<sup>23</sup>。

保障を「空文に帰す」とし、「捜査機関に対するその違反の制裁が他にあるからといって、かかる違憲な手続によって収集された物件に証拠能力を与える根拠とはなり得ない」という藤田八郎、奥野健一両裁判官の補足意見がある。これに対し、本件の捜索手続が令状主義に反するとした上で、「違法な証拠の証拠能力を否定することは、国家権力の公正な発動を担保するためにも重要な意味をもつのであって、憲法に違反する証拠収集の弊害を防止することも考慮するの要あることは勿論である」という小谷勝重、河村大助両裁判官の少数意見がある。

19 下刑集10巻12号1207頁。

20 月報2巻6号685頁。本件においては、「刑事裁判における実体的真実発見の要請も、捜査および公判過程を通じて被告人等の基本的人権の保障、換言すれば適正手続の保障を全うしつつ実現されるべきものであるから、少くともその収集手続に重大な違法の存する証拠は、その証拠価値への影響の有無を問わず、証拠能力を有しないものと解するのが相当である」と述べられている。

21 判例時報670号101頁。本件においては、「……本件のごとく憲法35条……に違反する重大な違法性が存在する場合は、その手続によって収集された証拠に証拠能力を認めて被告人の有罪立証の陽子に用いてはならないことは、憲法31条の当然の要請というべきである」と述べられている。

22 判例時報727号29頁。「憲法31条、刑訴法1条は、被告人に刑罰を科するためには、法律の定める適正な手続によることを要求しているが、これは、捜査の過程であっても、右のいわゆる適正手続に違反して収集された証拠は、その違法性が重大な場合等においては、これを事実認定の証拠とはなしえないとの趣旨を含むものと解すべきである」と述べられている。

23 このほか、仙台高裁昭和47年1月25日判決月報4巻1号14頁、23頁。「なるほど違法収集の問題が捜査官の故意に基づくことは殆どありえず多くは稀有例外の事態における状況判断の誤りや手続の過誤に起因するものであることを思うと証拠排除による違法収集に対する予防効果を期待することが一見いかにも筋違いであるように見えるとともに眼前の有罪

「一方において……違法に収集された証拠であっても、その収集手続が違法であるに止まり、その得られた証拠の証拠価値を何ら減殺するものではなく、実体的真実の発見のみを強調すれば、右瑕疵は当該証言の証拠能力自体に影響を及ぼすものではなく、捜査段階における証拠収集についての違法行為は別途その違法行為に対する刑事訴追、懲戒あるいは損害賠償を求める等の救済方法によるべきものであると、一応考えられるが、しかし、現実には右別途の救済方法の実行性の乏しいことは否定できないところである。……従って、政策的に考えても、かような捜査官による今後の違法捜査を防止する意味において、かような違法な証拠は、公判の証拠から排除するのがもっとも直裁で効果的であると考えられる。他方より根本的には、かような違法収集証拠を採用して被告人を処罰することは、憲法31条の定める適正手続条項に反するものといわなければならない。同条項は、もっぱら公訴提起後の適正手続の保障を規定したものと考えられるが、捜査段階において違法に収集された証拠を利用して被告人を処罰することはひいては公判手続自体の適正手続の保障を侵す結果となるものである。<sup>24</sup>」

このようにして、下級審レベルでは、排除法則は支持され証拠排除に至ったものが見出される。そして、これらのなかで排除法則の根拠として挙げられたものは、憲法の保障の確保と将来の違法捜査抑止の2つにまとめることができよう。これは、大いに学説の影響を受けた可能性が高いと考えることができ、このとき、排除法則を支持する下級審と学説における支配的な立場との間に目立った乖離はなかったと考えられる。しかし、最高裁がこれを受け入れるまでには実に長い時間を要した。前述の昭和36年判決から17年もの歳月を経てようやく前述昭和53年9月7日第一小法廷判決において、最高裁は証拠排除について、傍論ではあるが、次のような見解を明言するに至った。

---

者をみすみす免がれさせることに対する正義勘定に副わざるもののあることは否み難いにしても、法の侵犯者としての被告人を処罰すべき立場にある裁判所が捜査機関の本案の場合のような違法の証拠収集手続を不問にすることは自ら法を破るにも等しく、国家が自ら作った法を守らず法の支配に背くことが根本的に悖理であること多言を要せず、諸般の政策的見地にかんがみても徹視的にはいかにも筋違いでの外れのやぶにらみであるかの如くであるにせよ巨視的には捜査における違法行為の抑制にまで配慮を行き届かせた適正手続を確保することこそ公平な裁判と人権の保障に遺漏なき究極の正義にかなうゆえんであることを想うべきであるから、本案の場合における重大な違法収集証拠の罪証に供すべからざることをもとに原判決のいうとおりである」と詳細な議論を展開している。

24 判例タイムズ297号186頁、195頁。



「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである<sup>25</sup>。」

本件は実際に証拠排除に至らなかったものの、いわゆる「違法の重大性」と「排除相当性」という証拠排除の判断の際に鍵となる2つの要素を示した。ところが、後者の排除相当性が、排除法則の理論的根拠について述べたものであるか否かという点については、必ずしも明言されていない。しかし、少なくとも、「将来の違法な捜査の抑制の見地からして」と述べているところから、いわゆる抑止効を念頭に置いていることは否定できないであろう。

さて、このようにしてわが国の実務においては、憲法の保障の確保と将来の違法捜査の抑止が、そして学説においてはこれに加えて司法の廉潔性が、排除法則の理論的根拠として挙げられてきたのであるが、これらはわが国で産声をあげたものではなく、アメリカにおける議論がわが国に紹介され、その研究が深まるにつれて広まったものである。そこで、次は、アメリカにおける排除法則の理論的根拠の展開について概観する。

## 2. アメリカにおける議論

### （1）排除法則の黎明期

アメリカ合衆国修正第4条は、個人が不合理な搜索・押収を受けない権利を保障する。しかし、その一方で、当初、この保障は有名無実化していたと指摘されている<sup>26</sup>。修正第5条の保障を侵害して得られた自白については、その使用を制限する旨が言及されている一方で、修正第4条の保障を侵害して得られた証拠物に関しては、そのような文言は存在しない。では、この排除法則がいかんしてアメリカにおいて認められることとなったのか、代表的な連邦最高裁判例を辿って概観することとする。

---

25 前掲注（1）、1682-83頁。

26 See, Yale Kamisar, *Does (Did) the Exclusionary Rule Rest on a "Principled Basis" Rather Than an "Empirical Proposition"?*, 16 Creighton L. Rev. 565, 568 (1983).

わが国で排除法則と訳される *exclusionary rule* という言葉は、1914年の *Weeks* 事件判決<sup>27</sup>において登場したが、この *Weeks* 事件判決に先立つ *Boyd* 事件判決<sup>28</sup>に違法収集証拠を排除するという見解が見出される。この *Boyd* 事件判決は、修正第4条を侵害した証拠の押収と、修正第5条を侵害して自己に不利益な証人となることの強制との間に相違はないという理由で、修正第5条を、不合理な捜索・押収のケースに持ち込み、本件証拠を不許容とする結論に至ったのである<sup>29</sup>。法廷意見を執筆した *Bradley* 判事は、このとき、「法が人に自己を告発することを義務付けていないことは明らかである。なぜなら、有罪の者と同様に無辜の者にもなされる、自己の告発を強要される方法は冷酷で不当であるからだ。そして、同じ原則に基づいて証拠を求める捜索は許されないであろう。ここでもまた、無辜の者は有罪の者と混同され得る。<sup>30</sup>」という1765年の *Entrick* 事件判決に依拠したが、*Entrick* 事件判決において提示された救済は損害賠償であったので、これを違法な捜索のケースにおける救済として排除を行うということを支持したものとして解釈するのは、いくぶんか拡大解釈であるともいわれている<sup>31</sup>。とはいえ、*Boyd* 事件判決は、少なくとも、違法に獲得された証拠の証拠排除への道を拓いたといえる。

前述のとおり排除法則を明言した *Weeks* 事件判決は、この28年後のものであり、警察官による令状によらない押収が争われた事案であった。*Day* 判事の筆による全員一致の法廷意見は、修正第4条に違反して得られた証拠が被告人に不利な証拠として使用されるのであれば、「修正第4条の保障は価値をもた」ず、被告人にとって修正第4条が「憲法から削除されたのと同じことになる」と述べた<sup>32</sup>。こうして、排除法則は、修正第4条それ自体に必要な付加物として生み出されたのであった。また、*Day* 判事は、常に憲法に従うことを課された裁判所においては、違法に証拠を収集する実務によって処罰を見出すべきではない旨述べている<sup>33</sup>。このとき、排除法則は憲法が要請するルールとして連邦に適用されることとなった。

---

27 *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

28 *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

29 *Id.* at 634-635.

30 *Entrick v. Carrington*, 19 *Howell's State Trials* 1029, 1073 (1765).

31 Christopher Slobogin, *CRIMINAL PROCEDURE: REGULATION OF POLICE INVESTIGATION, LEGAL, HISTORICAL, EMPIRICAL AND COMPARATIVE MATERIALS* (5<sup>th</sup> ed. 2012) 538.

32 *Weeks*, 232 U.S., at 392, 393.

33 *Id.* at 392.

その後、「毒樹の果実」理論を打ち立てた *Silverthorne* 事件判決<sup>34</sup>において、連邦最高裁はこの態度を貫き、*Holmes* 判事は、違法に獲得された証拠の排除をしないことは「修正第4条を空文に帰す」ことになると述べたのであった<sup>35</sup>。彼は、この8年後の *Olmstead* 事件判決においても、その反対意見の中で、「幾人かの犯人が処罰を免れることのほうが、政府が不名誉な役割を演じるよりもましである。<sup>36</sup>」と述べて、その見解を固持し、排除法則の擁護者であり続けた。

その後、排除法則を州には適用しないとした1949年の *Wolf* 事件判決の反対意見において、*Murphy* 判事は、「排除法則以外の選択肢はひとつしかない。それは、一切制裁を与えないというものだ。<sup>37</sup>」と述べ、更に、連邦最高裁が法執行官による違法を許容しないということを確かなものとするための排除法則の必要性を強調した。違法を許す裁判所は、司法への公衆による尊敬に悲劇的な効果を生むというのである<sup>38</sup>。ここに、憲法による要求という観点に加え、司法の廉潔性という観点を見出すことができる。

1960年、銀盆理論を否定した *Elkins* 事件判決において、当該違法収集証拠が州の官憲により得られ連邦がそれを引き継いだ場合であっても、裁判所がそれを許容することは、連邦の裁判所が憲法への故意による違反の共犯者になることであるとされ、ここでは前述のような反対意見ではなく、法廷意見が司法の廉潔性を強調したのであった<sup>39</sup>。

そしてその翌年、かつての *Wolf* 事件判決を覆し、「各州に開かれたままの有罪への恥ずべき近道は、人々に与えられた自由についての完全な憲法上の抑制のシステムの破壊へと向かう。修正第4条に具体化されたプライバシーの権利が各州に対して強制可能であり、州の官憲によるプライバシーへの乱暴な侵害から保護される権利は、従って、憲法に由来するということを認めると、我々は、もはやその権利を空約束にしておくことを許すことはできない。<sup>40</sup>」とし、修正第14条をとおして排除法則を州にも適用するものと宣言した *Clark* 判事による *Mapp* 事件判決の法廷意見は、「我々の決定は、理性と真実に基づき、個人には憲法が彼に与えるものを与

34 *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

35 *Id.* at 392.

36 *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 470 (1928) (*Holmes, J., dissenting*).

37 *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 41 (1949) (*Murphy, J., dissenting*).

38 *Id.* at 46.

39 *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 223 (1960).

40 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 660 (1961).

え、警察官には誠実な法執行が与えるものを与え、そして、裁判所には、正義の真の実現において必須である司法の廉潔性を与えるにすぎないものである。<sup>41)</sup>と明確に述べた。

このとき、司法の廉潔性は、排除法則を支える理論的根拠として非常に重要な役割を担っていたといえる。連邦最高裁は、排除法則を修正第4条の要請であると考え、そして証拠排除は司法の廉潔性保持のためにも要求されるという立場にいたと考えられる。

ところで、1969年に、あるひとつの連邦最高裁判例が出されている。それは、Alderman 事件判決という、第三者の修正第4条の権利を侵害して得られた証拠について、被告人は排除申立適格を有しないと判断された事案である。この判断にあたって、連邦最高裁は、「警察によって自身の権利が侵害された者の負罪を妨げるという抑止の価値は、価値ある証拠の排除を正当化するために十分に考慮されてきた<sup>42)</sup>」し、それを堅持する一方で、「他の被告人への排除法則の拡大という更なるベネフィットが、真実を明らかにする全ての証拠に基づいた刑事訴追とその訴追されている者の無罪または有罪の決定における公衆の利益への更なる侵害を正当化し得るということには納得していない。<sup>43)</sup>」とした。これは、証拠排除におけるバランス・テストの始まりであったかもしれないが、本件では、第三者への権利侵害を理由とした証拠排除による違法捜査の抑止というベネフィットと、真実発見という公衆の利益が失われるというコストが比較衡量された。しかし、この見解はこれまでの連邦最高裁の——Warren Court の——立場に反するようものではなかった。なぜならば、あくまでも証拠排除を修正第4条の権利と捉えたうえで、それが一身の権利 (personal rights) であるということを述べていたからである<sup>44)</sup>。このバランス・テストは後に重要な役割を果たすこととなる。

## （2）抑止効の台頭

Mapp 事件判決前後では、修正第4条自体と司法の廉潔性は排除法則の根拠としての地位を有していた。しかし、その後、違法捜査の抑止という理論的根拠が現れるが、その予兆は、Mapp 事件判決から遡る Wolf 事件判決に存在していた。

---

41 *Id.*

42 Alderman v. United States, 394 U.S. 165,174 (1969).

43 *Id.* at 174-175.

44 *Id.* at 174.

「Weeks 事件判決において、当裁判所は、修正第 4 条は、違法な捜索・押収によって獲得された証拠の使用を連邦の訴追において禁じていると判示した。……それは、修正第 4 条の明示的な要求ではなかった。それは憲法の実現における議会のポリシーを明示する立法に基づいたものでもなかった。その決断は、司法的意味をもつ事柄であった。それ以来、それはしばしば適用され、そして我々は頑なにそれを守る。しかし、目下の問題は、警察による恣意的な侵害から保護される基本的な権利が、連邦の犯罪のための連邦の訴追において不合理な捜索・押収によって得られた理論的に関連性のある証拠が排除されうるという理由で、そのような証拠の排除を要求しているかどうかということである。……実際に英語圏の殆どの者が、そうして得られた証拠の排除を、そういった保障にとって必須のものとしてみなしてはいないということを見出すとき、我々は、この救済を、その権利の本質的な構成要素として扱うことをためらうのである。<sup>45</sup>」

法廷意見は、以上のように証拠排除が修正第 4 条による要求ではないと説きながら、排除法則は将来の違法捜査抑止への効果的な方法のひとつではあるが、その他の救済方法に州が依拠することを非難はできないとし、排除法則の州への適用を認めなかった。これは違法捜査の抑止が理論的根拠として強調される萌芽であった。

さて、1969年に新しく Burger 判事が首席判事として任命された。この Burger Court は、排除法則に関するそれまでの最高裁の立場の刷新に取り組んでゆく。

その手始めともいえるだろうか、1971年、連邦最高裁は、Harris 事件判決<sup>46</sup>において、「Miranda」ルール違反ゆえに排除された供述を、被告人の公判廷での証言の信用性弾劾のために、以前の不一致供述として使用することを認めた。このとき、弾劾例外を否定した場合の抑止効というベネフィットと、その場合に被告人の信用性評価のための証拠を失うというコストの衡量の結果、前者は後者を正当化するほどのものではないということがその根拠とされた。本件は、Alderman 事件判決のようにbalancing・テストを用いたものではあるが、しかし、後述の Leon 事件判決ほど排除法則に打撃を与えるものではなかったと評価できる。あくまでも本件は、すでに被告人の有罪を立証する証拠としては排除された証拠について、単に被告人の公判廷での証言を弾劾する目的での利用に限られたものであったからである。

次に、連邦最高裁は、本格的に排除法則の改変に取りかかる。その最たるものが、

45 *Wolf*, 338 U.S., at 28–29.

46 *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

1974年の *Calandra* 事件判決であった。Powell 判事による法廷意見は、「このルールは、権利侵害された当事者の個人的な憲法上の権利というよりも、一般的にそれ自体の抑止効によって修正第4条を保障することを企図された司法創造上の救済手段なのである。<sup>47)</sup>」と述べ、排除法則を「司法創造上のルール」へと明確にグレード・ダウンした。このことに伴って、抑止効が排除法則の理論的根拠として強調されるようになってゆくこととなった。

そして同年、*Tucker* 事件判決において、*Rehnquist* 判事による法廷意見は、*Calandra* 事件判決を引用しながら、「我々は、先ごろ、搜索・押収の文脈において、排除法則の“第一の目的は将来の違法な警察活動を抑止し、それによって違法な搜索・押収に対する修正第4条の保障を成し遂げるのである”<sup>48)</sup>」と、連邦最高裁の立場を確認した。

とはいえ、このころ、司法の廉潔性はまだ背後に霞む存在ではなかった。このことを示すものとして、翌年1975年の *Brown* 事件判決が挙げられる。連邦最高裁は、証拠排除こそしなかったものの、司法の廉潔性と抑止効は共に並び立つ排除法則の理論的根拠であると述べていたのである<sup>49)</sup>。すなわち、証拠排除は、抑止の価値が最も高いと考えられ、司法の廉潔性保持の命令が最も明白に捜査官の違法行為の果実を否定することを要求しているような場合に限られるべきである、と<sup>50)</sup>。

このとき、司法の廉潔性は、違法な手段で獲得されたいわば「汚れた」証拠を、裁判所が許容することは、司法がその手を汚すことに等しく、市民からの尊敬を大きく損なう、それゆえに裁判所は違法収集証拠を許容してはならない、という意味において述べられていた。ところが、この司法の廉潔性に関する異なった理解が連邦最高裁において明確に述べられることとなった。それは、本来有罪となったであろう者に思いがけない幸運を与えることこそむしろ司法への尊敬を損なうという、1976年に *Powell* 判事が *Powell* 事件判決の法廷意見において述べたものである<sup>51)</sup>。汚れた仕事に手を染めないからこそ司法が市民から信頼されるのだ、という意味で司法の廉潔性を保持しなければならないという従来の見解に対する、あまりにそれに拘泥することこそ司法への不信感を生むという真っ向からの反論であった。この理

---

47 *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348 (1974).

48 *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 446 (1974).

49 *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 599 (1975).

50 *Id.* at 611.

51 *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 490 (1976).

解において、司法の廉潔性は、抑止効と並び立つ理論的根拠というよりも、このころ強調されるようになった抑止効に資する範囲内で考慮されるものという扱いを受けることとなる。

さらに Powell 事件判決は、排除法則の未来へもう一つ、大きな影響を与えた。それが、証拠排除におけるコストとベネフィットへの言及である。すなわち、被告人が自身の修正第 4 条で保護された権利を侵害された程度と、彼が排除法則によって与えられる利益は均衡を欠いている<sup>52</sup>、「修正第 4 条の実効性への排除法則の貢献は、あるとしてもごく僅かである一方で、そのルールの適用の実質的成本はとりわけ強く存在している<sup>53</sup>。」というのである。先述のとおり、バランシング・テストは弾劾例外を認める際にも利用されたが、Alderman 事件判決と本件とは、被告人の有罪を立証するための証拠排除を決定する際にこれが用いられたという意味では、たしかに共通するものである。しかし、両者には決定的な相違点があり、実質的には異なるものであった。

その相違点の一点目として、Alderman 事件判決においては、第三者の権利侵害に排除法則適用を拡大してまで違法捜査を抑止する価値が高いのか、が考慮されていたのに対し、本件においては、あくまでも従来通り、被告人自身の権利侵害が問題となっていたこと。第二点目として、Alderman 事件判決においては、証拠排除は修正第 4 条による憲法上の権利と捉えられていたのに対し、本件においては、はっきりと証拠排除は単なる司法創造上の救済策に過ぎないとのべられていたこと。この点は、その衡量における大きな変動を来すものである。すなわち、天秤の片側に載せられるのは、一方で真実発見という刑事手続における究極の目的である。もう一方に、憲法上の権利を載せるのか、あるいは単なる司法創造上の救済策を載せるのかでは、結果は自明であろう。その上、その司法創造上のルールの実効性を示すものはないとさえ言われたのである<sup>54</sup>。

さて、司法の廉潔性についての前述のような解釈は、Powell 事件判決と同日の Janis 事件判決においても確認された。Blackmun 判事は、司法の廉潔性は抑止の範囲内で考慮されるものであると述べたのである<sup>55</sup>。

たしかに、このとき、その理解は強固なものではなかったかもしれない。1979年

52 *Id.*, at 490.

53 *Id.*, at 494-495.

54 *Id.*, at 499 (Burger, J., concurring).

55 *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 458-459 n.35 (1976).

の *Dunaway* 事件判決においては、違法収集証拠の排除が将来の違法捜査を抑止するだけではなく、そのような証拠の使用が裁判所の廉潔性を危険にさらすことになるのだということが述べられていたからである<sup>56</sup>。

また、同年、*Minjares* 事件判決において反対意見を執筆した *Rehnquist* 判事は、司法の廉潔性という根拠の力を奪うことに与した。司法の廉潔性に依拠した *Elkins* 事件判決と *Mapp* 事件判決を確認したうえで、裁判所が「汚れた仕事」の共犯者となるべきではないことは全くの真実であるが、真実発見に価値のある証拠を受け取らないようなウェスタの巫女になるべきでもない、と皮肉を込めながら批判したのである<sup>57</sup>。そして続けて、後にそれが違憲とされる法に善意で従った捜査官によって押収された証拠を許容する場合には、裁判所は故意の憲法違反の共犯者とはならないということを述べた<sup>58</sup>。これらの言及は、司法の廉潔性が連邦最高裁によって多少は意識されていたことのあらわれのように考えられまいか。

このころ、排除法則に批判的な各判事も辛うじて司法の廉潔性に目を向けていたとは考えられるものの、しかし既に司法の廉潔性は、排除法則の理論的根拠としての力を失いつつあった。以上のように、1970年代においては、司法の廉潔性を僅かばかり考慮に入れつつ、連邦最高裁は抑止効を強調してきた。こうして連邦最高裁は、「徐々にしかし確実に排除法則の息の根を止める<sup>59</sup>」ようになる。この後、連邦最高裁は、抑止効が「唯一の」理論的根拠であることを明言することとなる。

### (3) 唯一の理論的根拠の確立

1970年代は、上記のように排除法則の根底を覆すような判示が多くみられたいわば激動の時代であったが、1980年代には排除法則は更なる変革を迎えることとなる。

1980年代に入って間もない1983年の *Gates* 事件判決における「司法の廉潔性の利益は、抑止のコンセプトに逆らうものではない、後者に焦点を当てることは前者を否定するものではなくむしろ促進することになるものである。<sup>60</sup>」という *White* 判事と同調意見は、司法の廉潔性への考慮を示すひとつの例であるようにみえた。しかし、これは司法の廉潔性を考慮しないための巧みな言い回しであった。翌年、それ

---

56 *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200, 217-218 (1979).

57 *California v. Minjares*, 443 U.S. 916, 924 (1979) (*Rehnquist*, J., dissenting).

58 *Id.* at 925.

59 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 929 (1984) (*Brennan*, J., dissenting).

60 *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 259 n.14 (1983) (*White*, J., concurring).



を示すかのような法廷意見が彼によって執筆される。

1984年、「善意の例外」を設けることを明言した Leon 事件判決において、White 判事は Powell 事件判決で自身が述べた反対意見<sup>61</sup>を引き、「修正第4条によって非難される侵害は、違法な搜索・押収自体によって“完全に達成された”のであり、排除法則は“既に被告人が被った自身の権利への侵害を治癒する”ことを意図したのもでもそれが可能なものでもない。<sup>62</sup>」と述べた後、やはり Calandra 事件判決にしたがい、排除法則は抑止効を通して修正第4条の保護をする司法創造上のルールであることを再確認した。

そして、排除法則を無差別に適用することこそ司法への侮蔑を生むとして、Powell 判事による司法の廉潔性についての解釈を展開した<sup>63</sup>。さらに、自身がやはりこれも Powell 事件判決で述べた反対意見<sup>64</sup>を引用しながら、「……捜査官の行為が客観的に合理的である場合、“証拠排除が、排除法則の何らかの評価可能な目的を促進することはない。合理的な捜査官が同様の状況下においてそのように行爲し、そうすべきであるのと同じように、その捜査官が行動しているのは、痛いほど明らかであるから。証拠の排除は、彼の将来の捜査に全く影響しない。彼の職務を遂行する意思を削がない限りは”。<sup>65</sup>」と、捜査官が善意の場合には証拠排除には何ら意味がないことを強調して、善意の例外を認めるに至ったのであった。なお、この Leon 事件判決には、証拠排除によるコストと抑止によるベネフィットを比べるバランシング・テストが大いに用いられており、捜査官が善意の場合には抑止するための動機が存在しないのであるから、ベネフィットはなくコストばかりが存在するとされた。これは従来から一步踏み出したものであった。なぜならば、本件は、単なる当該ケースでの証拠排除の否定を超えて、一定の場合には証拠排除をしないという例外則を設けたからである。

Leon 事件判決による善意の例外の設定ののち、連邦最高裁は続けてこの例外則を適用する多くの場面を認め、これを拡張した。Leon 事件判決は、捜査官が、発付された令状に、客観的に合理的に依拠していた場合には証拠排除をしないというものであったが、その僅か3年後、1987年の Krull 事件判決では、捜査官が、後に

---

61 *Powell*, 428 U.S., at 540 (White, J., dissenting).

62 *Leon*, 468 U.S., at 906.

63 *Id.*, at 908.

64 *Powell*, 428 U.S., at 539-540 (White, J., dissenting).

65 *Leon*, 468 U.S., at 919-920.

違憲と判断された法に合理的に善意で従った場合には、証拠排除を認めないとした<sup>66</sup>。Blackmun 判事は、法廷意見において、これまでの連邦最高裁判例を確認しつつ、証拠排除の第一の目的は将来の違法捜査抑止であると述べ、次のように続けた。「他の救済方法と同じく、排除法則の適用は、その救済目的が効果的に達成される場面に制限されてきた。したがって、数多くの状況において、連邦最高裁は、このルールを抑止効が達成されるか否かを吟味し、そして、そのような抑止の可能性と、真実発見の手續から信用し得る情報を奪うというコストを比較した。<sup>67</sup>」[Leon 事件判決におけるアプローチは、この面前のケースにも同様に適用可能である。制定法に客観的に合理的に依拠して行動した捜査官によって得られた証拠の排除のために排除法則を適用することは、捜査官が客観的に合理的に令状へ依拠をして行動したときと同様に、ほとんど抑止の効果を有しない。ある制定法が明らかに違憲でない限り、捜査官が、その法を通過させた立法府の決定に疑問を持つなどと期待し得ない。もしも、その法が後に違憲であると宣言された場合には、そのような司法の宣言に先立って、その法に従って得られた証拠を排除することは、文言のとおり法を執行する責務をただ全うする捜査官による将来の修正第4条侵害を抑止することはないであろう。Leon 事件判決における当裁判所のコメントをパラフレーズすれば、“捜査官自身ではなく立法府のエラーのために捜査官を処罰することは、修正第4条の侵害の抑止に理論的に寄与することはできない”。<sup>68</sup>]

このような法廷意見を確認するとき、ここから司法の廉潔性への考慮を見出すことはほぼ不可能である。そして、連邦最高裁は、排除法則が確立した当時の、修正第4条の権利という考慮から大きく離れ、抑止の効果があるか否かのみによって、修正第4条侵害のケースを判断するようになった。また、これらからは、連邦最高裁は、抑止すべきものとしての捜査官の違法行為に限定して考慮しており、立法府や司法のエラーは排除法則の射程範囲を超えているものという立場にいることがわかる。なお、この Krull 事件判決の前年には、Burger 判事の後任として Rehnquist 判事が首席判事となったが、前述のとおり、彼は排除法則に決して好意的であったとはいえ、連邦最高裁の排除法則に対する批判的な姿勢は引き継がれている。

1990年代に入り、善意の例外は更なる拡張をしたが、それを確認する前に、連邦

66 Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987).

67 *Id.*, at 347-348.

68 *Id.*, at 349-350.

最高裁が抑止効について、これまでとは異なる見解を示した例を見ることとする。それが、1990年の James 事件判決<sup>69</sup>である。これは、弾劾例外に関するものであり、被告側証人の証言を弾劾するために、すでに排除されていた被告人本人の供述を利用し得るかが争われたが、Brennan 判事による法廷意見は、弾劾例外を証人にまで拡大することを拒んだ。法廷意見は、これまでどおり弾劾例外の正当化根拠を違法捜査抑止であると明言したが、弾劾例外が広く認められることによって捜査官らが何らかの方法で利用されることを目論んで違法捜査を行うようになる動機を削ぐためにもこのような拡大は控えるべきであるということ、また、弾劾を引き起こすことを恐れた被告人が防禦のために他者の証言を利用することを控えることで真実発見を阻害することを防ぐべきであることを理由として、更なる例外の拡大は控えられるべきであるとした。本件においては、連邦最高裁は Leon 事件判決で用いられたようなバランス・テストを用いずに、抑止効の観点から弾劾例外の拡大を防いだのであり、抑止効への新たな理解を示すものではあったが<sup>70</sup>、しかし、管見の限りでは、これが例外則の拡大を抑える役目を果たした例は見られない。

1995年の Evans 事件判決は、捜査官がコート・クラークの管理するデータ・ベースに客観的に合理的に依拠して行動した場合についても、善意の例外の適用が認められるとした<sup>71</sup>。Rehnquist 判事による法廷意見は、過去の連邦最高裁判例に従って、排除法則は司法創造上の救済策であり、その抑止効によって修正第4条の侵害を将来にわたって抑止すること、そして、そのような抑止が効果的でない場合には、排除法則の適用は正当化されないという立場を維持した<sup>72</sup>。また、幾ばくもない抑止の効果では、実質的な社会的コストを正当化し得ないということも述べているが、これは Leon 事件判決を参照したものである<sup>73</sup>。司法の廉潔性への言及はなく、いよいよ排除法則の理論的根拠は抑止効に絞られたと理解していった差し支えないと考えられる。

今日に至るまで、この立場は引き継がれている。2009年の Herring 事件判決<sup>74</sup>や、

---

69 James v. United States, 493 U.S. 307 (1990).

70 拙稿「違法収集証拠排除法則とその根拠—弾劾例外を素材として—」『刑事法学におけるトボス論の実践 津田重憲先生追悼論文集』201頁、214以下（成文堂、2014年）参照。

71 Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995).

72 *Id.*, at 10-11.

73 *Id.*, at 12.

74 Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

2011年の Davis 事件判決<sup>75</sup>も、効果的な抑止に資さない場合には、証拠排除は適当ではないとして、更なる善意の例外の拡大がされた<sup>76</sup>。

### 3. 抑止効の検討

#### (1) 捜査官の態度への効果について

以上で概観したように、連邦最高裁は、現在、排除法則の理論的根拠として抑止効のみに依拠していると考えられる。そこで、この抑止効について、再度検討をしたい。

繰り返せば、抑止効というのは、裁判所が、あるケースにおいて、当該証拠獲得手段が違法であり、そうして獲得された証拠の証拠能力を認めないと宣言することによって、捜査官らは結局証拠が排除されるならばそのような違法な方法によって証拠の収集をしないように努めるであろう、という効果を狙ったものである。これによれば、理論上は権利侵害が減少すると考えられたわけである。では、排除法則にはそのような抑止効が認められるのか、あるいは、連邦最高裁が主張してきたように、推論的なものに過ぎないのであろうか。

抑止効は、実証的な研究からしばしば否定されてきた。著名な1970年の Dallin Oaks の研究は、その代表である<sup>77</sup>。しかし、注意を払うべきは、Oaks が、抑止効について、直接的な効果と長期的な効果とを区別していたことである。彼は、賭博と禁制品の所持および売買に焦点を当てた。これらの犯罪類型の捜査は、捜索・押収を要し、その態様が問題となるからである。彼は、Mapp 事件判決以前には排除法則が採用されていない州が違法な捜索・押収に頼っていた場合、排除法則が違法捜査の抑止効を有するのであれば、Mapp 事件判決を境として、賭博と禁制品の所持および売買の有罪判決の数は減るはずであると考え、Ohio 州 Cincinnati における調

---

75 Davis v. United States, 131 S. Ct. 2419 (2011).

76 これらについて、洲見光男「排除法則の動向—最近の連邦最高裁判決から—」『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011）223頁以下、石川雅俊「アメリカにおける証拠排除基準と主観的要素との関係」法学界雑誌52巻1号179頁以下に詳しい。なお、Davis 事件判決について扱ったものとして、柳川重規「海外法律事情アメリカ刑事法の調査研究（131）Davis v. United States, 131 S. Ct. 2419 (2011)」比較法雑誌46巻1号413頁以下（2102）。Herring 事件判決を扱ったものとして、拙稿「排除法則における主観的要素」法学研究論集33巻125頁以下（2012）。

77 Dallin H. Oaks, *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, 37 U Chi L Rev. 655 (1970).

査を行った。その結果、彼は、禁制品の所持および売買については Mapp 事件判決の前後で、逮捕数についても有罪率についても有意な差はないとした。そして賭博に関する「手入れ」については、たしかに Mapp 事件判決の後にその件数は減っているものの、その減少は Mapp 事件判決の2年前である1959年から始まっていることを指摘し、やはりこの場面でも Mapp 事件判決による影響はないものとした<sup>78</sup>。そして、以下のように述べている。

「警察による違法な捜索・差押を直接的に抑止するためのデバイスとしては、排除法則は失敗している。このルールが、訴追という結果にならない警察活動の圧倒的多数に何らかの直接的効果を有していると考えられる理由は存在しない。そして、訴追を意図した法執行活動の僅か一部分に何らかの効果を及ぼすということの証拠もほぼ存在しない。<sup>79</sup>」

この結論は、「排除法則が、法執行官の違法捜査を実際に抑止するという主張を支える実証的根拠は存在しない<sup>80</sup>」という Burger 判事のほかに、排除法則に対する多くの批判において、その有力な論拠とされたようである<sup>81</sup>。

その一方で、排除法則に抑止効を認める研究も存在する。例えば、26名の Chicago の麻薬捜査官への聞き取りの結果、Chicago 警察の麻薬捜査班とそこに所属する捜査官個人への影響を与えていることを報告した Myron Orfield の研究がある<sup>82</sup>。そこでは、彼らが排除法則の存続が必要であると結論づけていたとされる<sup>83</sup>。彼は、収集した証拠が排除された場合はそれを分かっているか、という質問に対し捜査官の85パーセントが「はい」と答え、そして、なぜそれが排除されたかについても理解していることを報告している<sup>84</sup>。更に、捜査官たちは捜索・押収の法が変化したことについて、95パーセントが証拠排除された自分の経験がそれを知るひとつであると答え、92パーセントが他の捜査官の証拠排除がなされたことによって知

---

78 Oaks, *supra* note 77, at 690-691.

79 *Id.*, at 755.

80 *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388, 416 (1971) (Burger, J., dissenting).

81 *See also*, *Calandra*, 414 U.S., at 348 (1974), *Minjares*, 443 U.S., at 926 (1979) (Rehnquist, J., dissenting).

82 Myron W. Orfield Jr., *Comment, The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers*, 54 U. Chi. L. Rev. 1016 (1987).

83 *Id.*, at 1018.

84 *Id.*, at 1035-36.

ると答えたが、このことは彼らが経験に基づいて学んでいること、そして裁判所での証拠排除が効果的であることを示しているものである<sup>85</sup>。また、彼らは証拠排除により、捜索・押収の法を学び、法廷において修正第4条のルールが実際にはどのように作用しているのかを学び、また、捜査官が逮捕、捜索・押収から8時間以内にその状況について記載するケース・レポートを徹底させるようになったという<sup>86</sup>。Orfield は、その後の研究において、証拠排除が警察組織にも影響を与えていることを報告した<sup>87</sup>。

以上のような研究を確認するとき、排除法則に抑止効が全くないと断ずることはできない。確かに、Oaks の研究によれば、直接的な効果は認められないかもしれない。しかし、これほどまでに排除法則が認識され、証拠排除が争われた判例が集積するなかで、裁判所は証拠排除がなされるような違法な捜査についての実例を示してきた。そのような積み重ねがあるにもかかわらず、捜査官たちがこれに触れながら、全く証拠排除の可能性を視野に入れず捜索・押収をしているとは断言できないのではないだろうか。

## (2) 代替案について

連邦最高裁は、排除法則の完全な廃棄にまでは至っていない。それがあまりに思い切った決断であるからなのか、それまで固持してきた違法捜査の抑止という目的に、少なからずとも排除法則が資すると考えているからかは不明である。しかし、将来の違法捜査は抑止されることが望ましく、これに反対する者はそういないであろう。連邦最高裁は、排除法則を司法創造上の救済策とはいいいながらも、修正第4条の保障を確実なものとするためのものであるということは認めていることから、修正第4条侵害の場合に何らの救済策も必要でないという立場ではないということを知ることができよう。しかし、排除法則の抑止効を推定的なものと捉えていることから、仮に他の有効な救済策が講じられれば、排除法則は廃棄される可能性がある。

---

85 *Id.*, at 1036.

86 *Id.*, at 1038-40.

87 Myron W. Orfield Jr., *Deterrence, Perjury, and the Heater Factor: An Exclusionary Rule in the Chicago Criminal Courts*, 63 U. Colo. L. Rev. 75, 80 (1992). See also, William Mertens and Silas Wasserstorm, *The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: Deregulating the Police and Deraling the Law*, 70 Geo. L. J. 365, 339-401 (1981).

このことは、既に Oaks が上述の研究でも述べていたところである。彼は、排除法則について、即座の廃棄を求めてはいなかった<sup>88</sup>。しかし、彼は、権利侵害をした個人や機関に直接にその責任を求めることが最も効果的かつ適切であるという考えに基づき、違法捜査抑止のためには、当時利用可能と考えられていた排除法則の代替案は効果を有しないと<sup>89</sup>、違法捜査を行った捜査官またはその者の所属する機関に対する有効な賠償請求を代替として設けることを主張した<sup>90</sup>。

このような代替案については、連邦最高裁も言及している。捜索令状執行の際にノック・アンド・アナウンスルールに違反して獲得された証拠を排除しないとした2006年の Hudson 事件判決<sup>91</sup>において、Scalia 判事は、「この文脈での排除が必要な抑止であると評価することはできない。我々は、単にそれが異なる文脈での、そして遠い過去での必要な抑止であったと見出したからだ。これは、今日の社会に、約半世紀前に存在した法制度へのばかげた不当な支払いを強いることになる。<sup>92</sup>」といい、憲法上の権利を侵害した公務員に対する合衆国法典第42編1983条や同28編1331条(a)に基づいた訴訟が発展しており、そういった訴訟における弁護士費用を賄う制度もあることから<sup>93</sup>、これらの制度が効果的な抑止になると述べた<sup>94</sup>。Mapp 事件判決当時に比べて、これらの救済が発展していることから、証拠排除は時代遅れだということである<sup>95</sup>。

しかし、これに対しても Orfield の研究によって反論が可能である。彼によれば、「不適切な捜索の被害者が直接的に警察官を訴えることのできるシステムの方が、排除法則よりも良い」と思うか<sup>96</sup>という質問に対して、捜査官の全員が「いいえ」と答え、続く「警察行為についての民事賠償の効果はどのようなものになるか」という質問に対しては、95%が「しなければならない捜査を行うことを恐れるようになる」などと答えたという<sup>97</sup>。彼らは、訴えられるならば必要な任務さえ遂行できなくなる、自身の職務について訴えられるならば公共の利益のためではなく自身の

88 Oaks, *supra* note 77, at 755.

89 *Id.*, at 676.

90 *Id.*, at 756.

91 Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006).

92 *Id.*, at 597.

93 42 U.S.C. § 1988 (b), 42 U.S.C. § 1997e (d) (2000).

94 Hudson, 547 U.S., at 597-598.

95 *Id.*, at 597.

96 Orfield, *supra* note 82, at 1053.

97 *Id.*, at 1053.

利益のために活動するようになる、と述べるなど非常に否定的であったという<sup>98</sup>。

また、警察官個人への賠償請求訴訟は、最も重大な欠陥をもってると批判される<sup>99</sup>。これは、抑止効の特徴と大きくかかわっている。抑止効は、捜査官の主観面を重視するものである。すなわち、違法捜査を行う彼らの動機に働きかけるという意味で、そしてこれに加えて、彼らが善意であった場合には証拠排除をしても抑止の効果が見込まれないとして例外則を認めてきたという意味においてである。このような観点は、実はこの賠償請求にも認められる。それが、限定的免責（qualified immunity）というものである。個人の捜査官は、合衆国法典第42編1983条に基づく賠償請求訴訟においては、合理的な公務員であれば合法であると信じて然るべき場合には、その行為について彼らは免責されるという限定的免責があり、賠償責任を免れ得るのである<sup>100</sup>。実際に、最近の2012年においても、捜査官の無令状での家屋立ち入りに関する1983条による賠償請求への限定的免責を認めた *Ryburn* 事件判決<sup>101</sup>と、執行された搜索令状に関して当該捜査官に限定的免責を認めた *Messerschmidt* 事件判決<sup>102</sup>がある<sup>103</sup>。これらは、限定的免責が捜査官個人に与えられることの実例であり、権利侵害を行った当該捜査官に直接的に責任を問う *Oaks* が主張したような方法をとることは困難である。したがって、証拠排除が、捜査官に対し違法捜査を行う動機に直接働きかけるとも評価される一方で<sup>104</sup>、賠償請求がそれよりも強い働きかけをするものであるとは決して断言できない。

ところで、*Scalia* 判事は、この限定的免責についての重要な判決の法廷意見を執筆した判事でもある。彼は、1987年の *Anderson* 事件判決において、侵害された権利が明確に理解され確立されている場合であっても捜査官が自身の行為が適法であ

---

98 *Id.*, at 1053-1054.

99 Robert M. Bloom and David H. Fentin, "A More Majestic Conception": *The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule*, 13 U. Pa. J. Const. L. 47, 66 (2010).

100 この1983条訴訟を詳細に検討したものとして、石川雅俊「刑事訴訟における違法判断と損害賠償」法学会雑誌53巻1号359頁以下（2012）。

101 *Ryburn v. Huff*, 132 S. Ct. 987 (2012).

102 *Messerschmidt v. Millender*, 132 S. Ct. 1235 (2012).

103 これらについて紹介したものとして、「英米刑事法研究（25）アメリカ合衆国最高裁判所刑事判例研究 アメリカ合衆国最高裁判所2011年10月開廷期 刑事関係判例概観」比較法学47巻1号181頁（2013）[洲見光男執筆]。

104 Darly J. Levinson, *Making Governments Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. Chi. Rev. 345, at 378-379, 417 (2000). "the exclusionary rule operates much more directly on the political incentives relevant to police officers." *See also*, Bloom and Fentin, *supra* note 99 at 66.



ると合理的に信じていた場合には限定的免責が適用されるものとした<sup>105</sup>。侵害行為が行われたときに、合理的な捜査官であっても認識ができないほどにそれについての法が明確に確立していなかったという場合にこれを認めるといふ、それまでの限定的免責の適用範囲への理解<sup>106</sup>を拡大したのである。これに対し、Stevens 判事は、「……当裁判所は、市民の修正第 4 条の権利を侵害したと訴えられている連邦の捜査官に対する賠償請求において、合理性についての二重の基準を適用すると決定した。二重の基準とは、法的責任または証拠排除のような他の不利益な結論から隔てる 2 つの段階を捜査官に与える基準を意味する。Leon 事件判決で無効な令状によってなされた捜索に排除法則を適用するにあたって、そのような二重の基準をかつて適用したときに、当裁判所は、捜査官は私邸に立ち入る場合に修正第 4 条に従わなければならないというあらゆる要求を、本件において取り払うことを覚悟し切望さえしていたように見える。私は依然として、証拠排除申立の審理におけるのと同様に損害賠償請求においても、“捜査官の捜索・差押が同時に‘不合理’かつ‘合理的’にはなり得ない”と確信する。<sup>107</sup>」という反対意見を述べた。

振り返ると、Leon 事件判決は 1984 年の、つまりこの Anderson 事件判決の僅か 3 年前のできごとである。連邦最高裁は、この Stevens 判事の指摘するとおり、Leon 事件判決において捜査官の行為が「不合理な」捜索押収であるとされる一方で、その捜査官が善意であったと「合理的に」認められる場合という二つの基準を連邦最高裁は設けた。そして、Anderson 事件判決はまさにこれと同様の基準を設けており、両者はほぼ同時期に酷似した手法によって、証拠排除をあるいは損害賠償を免れさせることになった。皮肉にも、証拠排除よりも効果的であると主張された代替策が排除法則と同じ道を辿ることになったわけである。この後も連邦最高裁は、捜査官の主観面について、同様の基準を用いているといわれている<sup>108</sup>。この点からも、捜査官の動機に直接働きかける排除法則に比べ、このような免責を認める損害賠償請求が将来の違法捜査抑止のために、証拠排除の代替策になり得るといふことは甚だ疑問である。

以上のように排除法則による抑止効は完全に失われたものではなく、そして主張

105 Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635 (1987).

106 Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800 (1982).

107 Anderson, 483 U.S., at 659 (Stevens, J., dissenting). (By citing *Leon*, 468 U.S., at 960 (Stevens, J., dissenting).)

108 See, Bloom and Fentin, *supra* note 99, at 169. また、石川前掲注（100）388頁以下。

されている代替案によって抑止の効果が見込まれない場合、排除法則にはその価値があるように考えられる。しかし、この抑止効は果たして、連邦最高裁の考えるような排除法則の唯一の理論的根拠として据えるべきものであるかについては他の検討を要する。

### （3）他の根拠について

Weeks 事件において排除法則を明言したとき、連邦最高裁は決して違法捜査抑止にその理論的根拠を置いていたのではないことが、再び強調されなければならない。Weeks 事件判決における法廷意見は、証拠排除を決して救済策とは扱っていなかったし、他の救済策との比較をしたうえでこれを採用したわけでもなかった。修正第4条に基づいてこれを認めた、それだけである。Silverthorne 事件判決における「特定の方法における証拠の獲得を禁止する規定のエッセンスは、単にそのようにして得られた証拠が裁判所の面前で使用されてはならないということだけではなく、一切それが使用されてはならないということである。<sup>109</sup>」という Holmes 判事の言葉は、それを正確に捉えたものであったといえる。そして、Mapp 事件判決もまさにこの立場を引き継いでいた。これら排除法則の成立の過程を確認すると、やはり排除法則は修正第4条の要求であるように考えられる。

Robert Bloom と David Fentin は、司法の廉潔性を排除法則の本来の理論的根拠のひとつとして捉えることによって、修正第4条を実現しその保障を「空文に帰す」ことを防ぐものであると論じている。彼らは、司法の廉潔性は、法執行を不自由にしようとも修正第4条を維持するという裁判所の義務に焦点を当てているものであるとし、「違法収集証拠の排除を要求しているのは、排除法則ではなく、修正第4条自体である。」と主張する<sup>110</sup>。

しかし、この立場に対しては、必ず修正第4条の文言に何ら証拠排除への言及がないという批判がなされる。これに対し、彼らは憲法の文言に一切明示されていないルールや救済が多く存在すると反論し、「Marshall 首席判事によって Marbury 事件判決において述べられた憲法上の救済の基盤は、憲法において明言されたというような力を持たないにもかかわらず、裁判所が憲法に反する法を打ち負かすことを可能にするという司法創造上の救済であった。Marshall 判事が、“法とは何かを述

---

109 Silverthorne, 251 U.S., at 392.

110 Bloom and Fentin, *supra* note 99, at 73.

べることは、司法の断固たる職分であり義務である。”と宣言したとき、彼は、そのような義務を明白に認める憲法の特定の一節を引用してはいなかった。」という<sup>111</sup>。

Yale Kamisar は、より具体的な例を示し、これを論じる。排除法則は神が与えたもうた (God-given) ものではなく人工の (man-made) ものであるという批判に対して、「当該自白が物的証拠により補強されており信用性があるにもかかわらず、…… “不任意” 自白の使用を禁止することの…… 憲法上の拠り所はなにか？ 憲法を読み給え。そこには、“自白”、“不任意”、あるいは“強要された” ことについて、また他の方法についてなにも書かれてはいない。“裁判官が作った” または“司法が創造した” からという理由で、これが憲法上のルールに劣るルールであろうか？<sup>112</sup>」と自白を例に挙げ、更に議席再分配のケース、「分離すれど平等」とそれを覆した人種差別廃止のケース、学校での宗教的行為に関するケース、表現の自由に関する「明白かつ現在の危険」のテストや「象徴的言論」のケース、そして刑事裁判手続にアクセスする報道機関の権利についてのケースにおいて述べられたことは憲法に明言されていないと指摘した<sup>113, 114</sup>。

111 *Id.* at 74.

112 Kamisar, *supra* note 26, at 581-582.

113 *Id.* at 582.

114 Kamisar のように、例えば1962年の Baker 事件判決 (Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)) では、議席再分配について修正第14条の保障する法の平等な保護に基づいて司法判断をし得るとした。1896年の Plessy 事件判決 (Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)) においては、修正第14条の要求する人種間の平等は皮膚の色に基づく区別を廃止することを求めるものではないとし「分離すれど平等」の法理を明言したが、この法理を覆した1954年の Brown 事件判決 (Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas, 347 U.S. 483 (1954)) では、人種別学を定めた州法を同じく修正第14条に反するとした。しかし、修正第14条は、これらの基礎になる「明確な」文言を含んではいない。さらに、1952年の Zorach 事件判決 (Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306 (1952)) において、修正第1条はあらゆる面における政教分離を命じているわけではないとされたが、その後、1963年の Schempp 事件判決 (School District v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963)) では、公立学校における礼拝や聖書朗読について定めた州法を修正第1条の国教禁止条項が政府の宗教的中立を認定しているものとして違憲とし、また1962年の Engel 事件判決 (Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962)) において、ニューヨーク州の教育委員会が公立学校に忠誠の誓いと祈りの言葉の朗読を勧告したことについても、修正第1条に反するものとした。1919年の Schenck 事件判決 (Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)) においては、修正第1条の保障する言論の自由の制限に関する基準としての「明白かつ現在の危険」を設定し、そしてその後、1969年の Brandenburg 事件判決 (Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)) はこの基準を明確化した。1974年の Spence 事件判決 (Spence v. State of Washington, 418 U.S. 405 (1974)) においては、同じく表現の自由に関して、処罰された身体的行為がなんらかの思想をあらゆる媒体であったのか否かについての基準としての Spence テストを設けた。1980年の Richmond Newspapers, Inc. 事件判決 (Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)) では、公判への公衆のアクセスは、修正第1条の保障するところであるとされた。しかし、やはり修正第1条

このような歴史を鑑みれば、修正第4条が禁じる不合理な搜索・押収の結果として証拠排除が命じられることについて、それ自体が明確に述べていなかったとしても、とりわけその点を取り上げて批判されるべきではなく、排除法則を修正第4条から導くことの可能性が見出せるように考えられるのである。

#### 4. わが国への示唆

いうまでもなく、わが国の憲法35条は令状主義を定めたほか、合衆国憲法修正第4条のごとくに住居の不可侵を保障したものであるが、これもまたこの権利が侵害された場合について証拠排除を要求する明白な文言を含まない。それゆえ、排除法則については、その法的根拠・理論的根拠について議論がなされてきた。

昭和53年判決は、これについて僅かばかりの答えを提供したに過ぎなかった。違法収集証拠の証拠能力については明文規定を欠くので、刑訴法の解釈に委ねられているとし、刑訴法1条を引用した。そして、憲法35条、33条、そして31条の規定、これを受けた刑訴法の諸規定を確認し、「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」として、傍論で違法収集証拠排除法則を認め、当該証拠物については、違法の重大性を否定し、その証拠能力を認めた。司法の廉潔性についての考慮はその判例の文言からは曖昧である一方で、明らかに将来の違法捜査抑止を考慮に入れ排除相当性を論じている。その後、最高裁は、違法収集証拠の証拠能力が争われたケースにおいて、いずれも、違法の重大性を認めず、証拠能力を肯定するという判断を続けた<sup>115</sup>。

平成15年判決は、初めて証拠排除をしたケースではあったが、問題となった手続の違法は、逮捕の際に令状を呈示せず、逮捕状の緊急執行もなされていなかったこと、その手続的違法を糊塗するために逮捕状および捜査報告書に虚偽記載を行い、さらに公判廷において偽りの証言をしたというもので、極限的なものであり、これが排除相当性を満たすとされた。

---

も、これらについての明確な文言を含んではいない。

115 最高裁昭和61年4月25日判決刑集40巻3号215頁、最高裁昭和63年9月16日決定刑集42巻7号1051頁、最高裁平成6年9月16日決定刑集48巻6号420頁、最高裁平成7年5月30日決定刑集49巻5号703頁。

違法の重大性と排除相当性の関係に対する2つの見解の対立はなおも残された。これらを重疊的と捉えるのか<sup>116</sup>、それとも競合的と捉えるのか<sup>117</sup>ということである。仮に前者の場合であれば、違法の重大性が認められれば自動的に排除相当性も認められることとなるので、15年判決のような極限的な場合に限って違法の重大性を認めることは、今後の証拠排除を極めて困難にする狙いがあるといえる。このとき、捜査官の主観面としての令状潜脱の意図の有無は、違法の重大性を考慮する一要素となる。一方で、後者の場合であれば、違法が重大でなくとも将来の違法捜査抑止の見地から証拠排除がなされる可能性を示したものと考えられるが、このとき、捜査官の主観面は、違法捜査抑止の必要性判断に影響を与えることとなる。最高裁が、実のところいずれの立場であるかは、その文言から明確に捉えることはできず、判例の集積を待たねばならないが、仮に競合説を採る場合には、アメリカ連邦最高裁の経験は、わが国の排除法則に暗い影を落とす。なぜならば、違法捜査抑止は捜査官の主観面を問題としており、従って善意の例外が創設されることとなったからである。これによってアメリカにおいては、証拠排除が極めて制限されることとなっている。同様に、わが国が、捜査官の主観面を違法捜査抑止からの排除相当性に取り入れたとみるのであれば、今後、同じ道を歩むことも考えられる。いずれにせよ、わが国において証拠排除が認められることが極めて稀であることに変わりはない。

## おわりに

アメリカ連邦最高裁は、今日、排除法則の理論的根拠として抑止効を挙げ、この抑止効によるベネフィットと証拠排除によるコストとを比較し、証拠排除を回避す

116 朝山芳史〔判解〕法曹時報56巻12号3014頁、3035頁（2004）は、明確にこれを重疊的な要件と述べている。また、田口守一ほか「座談会・排除法則の現状と展望」現代刑事法5巻11号4頁、17頁（2003）〔山崎学発言〕は、判例の「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」という文言から、「警察官の態度は、他の事情と併せて、重大な違法があるか否かの枠組みで、まずは考慮していると言わざるを得ない」とする。ほかに、田宮・前掲注（11）74頁、田宮裕「違法収集証拠の排除法則に関する新判例」『刑事手続とその運用 刑事訴訟法研究（4）』（有斐閣、1990）75頁以下。

117 同上・17-18頁は、捜査官の公判での法無視の態度が考察の対象となっていることに注目し、逮捕の違法はあまり重大ではないが、その後の態度は認めがたいということから、端的に将来の違法捜査を抑止する必要があるとして排除相当性が導かれているとする〔田口発言〕。ほかに、井上・前掲注（7）556頁以下。

る結論を導いてきた。このため、本稿では、この抑止効に焦点を絞り検討を行った。これまで、排除法則に否定的な立場の論者は、抑止による効果は見込めないこと、またその抑止には排除法則ではなく賠償請求という代替案の方が効果的であること、そして、修正第4条は証拠排除について明言していないことを理由として司法創造上の救済策に過ぎないことを主張してきた。

しかし、実証的な研究が、長期的な意味では証拠排除は捜査官の態度に影響を与え得ることや、賠償請求を用いることについて捜査官たちはその職務執行について萎縮してしまうことを示し、また、これまでの判例が、賠償請求が排除法則に比べてより効果的であるとはいえないことを示していることを確認した。そして、より重要なことには、連邦最高裁は排除法則の黎明期において、抑止効をその理論的根拠として設けたわけではなく修正第4条による要求であるとしていたこと、これについては他の憲法上のルールと照らし合わせても明文を欠くことでただちに否定はできないことを確認した。

そうしてみたとき、根本的な問いとして、わが国の最高裁が示す証拠排除における立場は妥当なものであろうか。アメリカ連邦最高裁判例を概観したとおり、排除法則の理論的根拠を抑止効に限ることは証拠排除の可能性を極めて低くする。仮にも抑止の効果があると評価される場合があるとはいえ、それは証拠排除を根拠づける唯一のものとしては些か心許ない。排除法則を証拠法則としてわが国において確立するためには、他の根拠によっても排除法則を認めることが必要であり、理論的にその可能性は残されているように思われるのである<sup>118</sup>。本稿においては、抑止効にテーマを限ったため、修正第4条と司法の廉潔性についての検討は他日を期することとしたい。

(人文社会系助教)

---

118 昭和53年判決につき、司法の廉潔性（無瑕性）を考慮したと捉えるものとして、以下のものがある。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）』（有斐閣、1998）530頁、三井・前掲注（2）109頁以下。これらに従えば、わが国にはまだ司法の廉潔性を排除法則の理論的根拠とする可能性は残されているように考えられるであろう。また、司法の廉潔性の見地については白紙のまま将来に委ねられているとするものとして、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題 [第3版]』（成文堂、1996年）203頁以下。