

排除法則と刑事訴訟のモデル

守田智保子

はじめに

1. 日米における排除法則の根拠論
 - (1) アメリカにおける根拠論
 - (2) 日本における根拠論
 - (3) Kaplan の提案
2. 日米におけるモデル論
 - (1) Packer のモデル論
 - (2) 日本におけるモデル論
3. 排除法則とモデル論

おわりに

はじめに

刑事訴訟には数多の複雑な問題が存在するが、そのなかのひとつが、証拠にまつわる諸問題である。刑事裁判の事実認定は証拠に基づくものとされているが、それら証拠についての法則は、刑事訴訟において重視される価値と衝突することがあり得る。その典型ともいえるべきが、違法収集証拠排除法則（以下、排除法則とする）である。アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、1914年の Weeks 事件判決¹において、排除法則の連邦への適用を認めた。証拠法の大家である John H. Wigmore は、裁判所が保護すべき制度の根幹を切り崩す一助となってしまうとして、また、排除法則は、犯罪を犯したにもかかわらず処罰されない者よりも職務熱心な捜査官のほうを社会にとって危険なもののみなしていることになるとして、排除法則を批判した²。

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

2 John H. Wigmore, *Using Evidence Obtained by Illegal Search and Seizure*, 8 The American Bar

しかし、その後、1961年に連邦最高裁は、かの有名な Mapp 事件判決³において、これを州へも適用すると宣言した。当の連邦最高裁は、時を経て、排除法則による証拠排除に消極的な立場をとるに至ったが、その理由は必ずしも当を得たものとは言えない。たしかに、批判的立場のいうように、被告人の有罪立証に有用と考えられる証拠の許容性を認めないことによって、刑事訴訟の目的である真実発見と矛盾する結果を生む可能性は存在する。一方で、排除法則の支持者たちは、違法な証拠を許容することは、裁判所が自らの手を汚すものであり、また、我々に保障された権利を名ばかりのものにすると主張をする。

これまで、さまざまな議論が展開され、経験的な研究も多く存在するなかで、しかしながら両者の議論は平行線を辿るままである。その理由のひとつとしては、排除法則の支持者と批判者との間での、排除法則の根拠をいかに解するべきか、という点の違いが挙げられる。排除法則の根拠を一体なみに求めるか、という問いは、ずっと我々の前に立ちはだかっている。アメリカ連邦最高裁が依って立つ、そしてわが国の最高裁も取り入れたと考えられる理論的根拠たる抑止効には批判も多く、さらに抑止効に資さないという理由から証拠排除否定の根拠にさえなっている。また、かつて連邦最高裁が主張していた司法の廉潔性は、現在も支持者を有するものの、しかし、一方で、本来であれば有罪となったはずの者を無罪放免にする方が、余程、司法への不信感を醸成するのだという強い批判が存在する。そして、違法収集証拠の許容が適正手続条項に反するという規範説にも、憲法を守ることを目的として、本来ならば有罪の者を逃すのは、筋違いではないか、という批判がある。いずれの根拠についても、時代や場所などさまざまな条件によって議論とその結論が変化してきた経緯を見るに、ひとつの根拠に頼ることはいささか心許ないと言えるであろう。連邦最高裁による現在の排除法則の弱体化は、根拠の一本化によるものではなかったか。当然に、これらすべての根拠は互いに排斥しあうものではないから、併せて根拠としてよいものと考えられるが、いくら数を増やしたところで、互いがその弱点を補い合うことができない以上は、これまでなされてきた各根拠に対する批判からは、免れることはできないであろう。排除法則を支持するにあたっては、他の面において排除法則が働くことの指摘が求められるのではないだろうか。そこで、本稿では、これを検討するにあたって、モデル論を試みとして用いてみた

Association Journal 479, 482 (1922).

3 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

い。

1. 日米における排除法則の根拠論

排除法則には、いくつかの大きな問題がある。一つは、排除法則の根拠をどこに求めるかという問題である。第二は、証拠排除の基準をどのように設定するのかという問題である。第三に、これら第一と第二の問題を踏まえたうえで扱うべき、排除法則の例外に関する諸問題や派生証拠の問題である。いずれも、排除法則を論ずるにあたり不可欠のものではあるが、本稿は、すでに述べたとおり、第一の問題をその射程範囲とするものであるので、第二・第三の問題をここで取り扱うことは控えることとし、まずは、アメリカにおける根拠論とわが国における根拠論とを、簡潔に振り返る。

（1）アメリカにおける根拠論

すでに述べたとおり、アメリカにおいて、連邦最高裁が排除法則を認めたのは1914年の *Weeks* 事件判決⁴においてであった。このとき、連邦最高裁は、合衆国憲法修正第4条と第5条とが相俟って違法に収集された証拠の排除に導くのだとした。その後、*Wolf* 事件判決⁵では、排除法則を州に適用することを否定したが、1961年、*Mapp* 事件判決⁶において、修正第14条をとおして、これを州にも適用することを明言した。連邦制であるという複雑さのせいもあって、アメリカにおいては、弁護士依頼権や自白法則がデュー・プロセス条項の解釈とともに発展を遂げたが⁷、それらと同様に捜索・押収に関する問題にかんしても、排除法則が修正第14条を経由して州にも適用するものとされ、これがデュー・プロセスに含まれるもの

4 *Weeks*, 232 U.S. 383 (1914).

5 *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

6 *Mapp*, 367 U.S. 643.

7 弁護士依頼権に関しては、1932年の *Powell* 事件判決 (*Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932)) から始まり、*Gideon* 事件判決 (*Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)) において、一律に国選による弁護士選任権を認め、そして、*Miranda* 事件判決 (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)) に至って、実質的な弁護を受ける権利を認めることとなったが、その背景には、弁護人に関する権利の確立にあたってデュー・プロセスをいかに解するかという検討がある。自白については、*Brown* 事件判決 (*Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936)) 以降、やはり同様にデュー・プロセスのなかに自白法則を取り込むことによって解決をはかってきた。

として確立したのであった。したがって、刑事手続に関する諸法則は互いに連動するようにしてデュー・プロセス条項とともに進化を遂げていったものと考えられる。さて、この *Mapp* 事件判決のとき、連邦最高裁は、修正第4条にその根拠を求めていたと考えられる。違法な搜索・押収によって獲得された証拠を許容することは、不合理な搜索・押収を受けない権利を保障した「修正第4条を空文に帰す」⁸ ことにほかならないとしたことにその態度は現れている。さらに、修正条項以外にも、司法の廉潔性が強調された⁹。このとき、排除法則には、憲法の要請によるルールとしてのたしかな力が与えられたように思われた。

ところが、その後、根拠論は異なる様相を呈すことになった。そのような連邦最高裁の立場を表す最たるものが、善意の例外を認めた *Leon* 事件判決である¹⁰。ここにきて、排除法則は、司法の創り出した救済策へのグレード・ダウンを余儀なくされた¹¹。そして、その鍵こそがまさに排除法則の根拠論であったといえる。連邦最高裁は、排除法則が将来の違法捜査の抑止を目的としたルールであると明言することで、その根拠を抑止効のみとすることに成功した。学説においても、排除法則の抑止効にかんする実証的な研究が行われ¹²、抑止効に疑問がもたれるようになった。このような状況の一方で、排除法則による抑止のコストとベネフィットについての *balancing test* が用いられ¹³、排除法則は次第に、しかし確実にその力を失っていった。

(2) 日本における根拠論

一方、わが国における根拠論は、アメリカでの展開を参考としつつも、独自の経過を辿っている。わが国では旧旧刑事訴訟法の時代に、収集手続の違法は証拠の証明力に影響を及ぼすものではないとの考えから、違法収集証拠の証拠能力が肯定されていた¹⁴。これは、わが国が、大陸法型の刑事訴訟法を採用していたことにもよ

8 *Wolf*, 338 U.S., at 46.

9 *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 223 (1960); *Mapp*, 367 U.S., at 660.

10 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

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

12 この点については、小木曾綾「排除法則の抑止効」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂、2014) 659頁以下に詳しい。なお、拙稿「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—」筑波法政59号37頁以下。

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

14 大審院明治32年1月27日判決刑録5輯38頁、大審院明治43年2月21日判決刑録16輯283頁。

る。その基礎にある実体的真実主義から証拠禁止はあくまでも「例外」とされており、そこでは人権保障的観点はほぼなかったといわれている¹⁵。そして、その後しばらくは、違法に収集した証拠の証拠能力の問題は、刑事訴訟法における主要なテーマとなることはなかったようである。

その後、現行刑事訴訟法になり、ほどなくして、学会において、違法収集証拠にかんしてアメリカ法を参考とする文献が散見されることとなった¹⁶。その中には、わが国での排除法則採用を推奨するものも多かったが、第一のそして最大の問題も存在した¹⁷。それが、わが国には、違法に得られた自白の許容性についての自白法則については憲法や刑訴法に明言されているため、これらを根拠条文と解することができるものの、違法に収集された物的証拠については、その証拠能力に言及する条文が存在しないというものであった。そのため、学説においては、排除法則を、憲法31条や憲法35条に求める規範説が見られ¹⁸、排除法則の理論的根拠としては、公正な手続、司法の廉潔性や抑止効が主張されたのであった¹⁹。これらは、アメリカでの議論を参考にして主張されたものであったといえる。

一方、裁判所は、学説の大勢と足並みを揃えたわけではなかった。下級審裁判所においては、次第に違法収集証拠を排除する裁判例が見られるようになったが²⁰、

15 鴨良弼『新版 刑事訴訟法講義—青林講義シリーズ』（青林書院新社、1981）247頁。

16 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〕、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〕、斉藤朔郎「証拠収集手続の違法と証拠能力の関係」法曹時報6巻9号（1959）、団藤重光編『刑事訴訟法講座 第2巻』（有斐閣、1964）〔光藤景皎執筆〕232頁以下など。

17 排除法則を否定する見解に、田中和夫『証拠法』（有斐閣、1952）221頁以下。ただし、その後、田中博士は排除法則を支持する立場へとその説を改めた。田中和夫『新版証拠法』（有斐閣、1959）241頁。

18 憲法31条を根拠とするものとして、団藤重光『新刑事訴訟法綱要 7訂版』（創文社、1967）271頁以下。憲法35条を根拠とするものとして、平野龍一『刑事訴訟法—法律学全集（43）』（有斐閣、1958）239頁以下。憲法31条に根拠を求めるとともに、憲法35条が違法な捜査・差押えについてとくにこの点を保障したものとするものに、光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、1974）276頁。

19 公正な手続を理論的根拠とするものとして、高田卓爾『刑事訴訟法—現代法律学全集28』（青林書院新社、1971）や平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（有斐閣、1954）178頁。公正な手続と違法捜査の抑止から論じるものとして、平野・同上、光藤・同上。

20 大阪高裁昭和31年6月19日判決刑裁特報3巻12号631頁、東京地裁昭和41年1月13日決定判例時報441号62頁、横浜地裁昭和43年12月12日判決下刑集10巻12号1207頁、横浜地裁昭和46年4月30日判決月報3巻4号594頁、仙台高裁昭和47年1月25日判決月報4巻1号14頁、大阪地裁昭和47年4月27日決定判例時報670号101頁、東京高裁昭和47年10月13日判決月報

最高裁は、かつての立場を堅持し続けていた。それは昭和53年まで続き、その年の9月7日になって、ついに最高裁は排除法則をわが国でも採用する可能性を理論的には認めることとなった²¹。しかし、このとき、最高裁は、違法収集証拠の排除を刑事訴訟法1条の問題として、憲法上の問題とすることを避けた²²。そして、そこで明言された理論的根拠は抑止効—将来の違法捜査抑止の見地からの相当性—というものであった²³。その後、わが国の最高裁が証拠排除を認めたケースが、わずか一件であることは広く知られているとおりで²⁴。以上のとおり、わが国においては、学説における議論はあるものの、最高裁の立場としては、排除法則は刑訴法上の問題であり理論的根拠が抑止効とされていることが、一応明らかになって、実務としてはとりあえずの落ち着きをみせた。アメリカ同様、わが国においても、証拠排除には消極的な姿勢がとられているが、特筆すべきは、当該捜査が違法と認定されたとしても、それが直接的に排除を導くのではなく、更に、その違法の重大性と排除相当性を満たすことが要求されるという点で、より排除が稀となることである。

（3）Kaplan の提案

以上のような日米における排除法則の根拠論は、いずれも、規範説、司法の廉潔性説、抑止効説という同じ要素に着目し、どれを捨てどれを選び取るかという問題に始終してきたように思われる。しかし、そのなかで、かつて、Kaplan は、排除法則を“serious case”に限って適用しない（重大事件の例外—内乱、スパイ、殺人、武装強盗、組織的誘拐といった最も重大な事件には排除法則を適用しない）という

4 卷10号1651頁、仙台地裁昭和48年4月2日判決判例タイムズ297号186頁、東京地裁昭和49年1月17日判決判例時報727号29頁、熊本地裁玉名支部昭和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頁などが代表的である。この点について、拙稿・前掲注12、「違法収集証拠排除法則の根拠—最高裁判例と下級審裁判例からの考察—」明治大学大学院法学研究論集32号209頁以下（2010）。

21 最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決刑集32巻6号1672頁。

22 同上1682頁。

23 同上1682頁—1683頁。証拠収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、「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要請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。」としており、ここから、わが国の最高裁は、排除法則の根拠として抑止効説によったものと考えられる。

24 最高裁平成15年2月14日判決刑集57巻2号121頁。

例外を提案した際に、公衆の正義の感情というものに注目した。その議論は以下のとおりである。

彼は、まず、これまでの排除法則の正当化根拠を十分なものではないとして批判した²⁵。すなわち、憲法違反の捜索・差押から利益を得てはならぬという正当化は、証拠排除の申立適格や稀釈化の法理、弾劾のための使用などの制限によって貫徹されておらず、排除法則が憲法上の理論であるようには見えないという。そして、連続体（continuum）を比喩に用いながら以下のようにいう。違法捜査の抑止と罪を犯した者に対する有罪判決という連続体（＝双頭の目的）の間の唯一の任意の点（＝役立ち得る方法）が排除法則であるわけではなく、他のものがそれらの間でより良くバランスをとるのであれば、それが排除法則に取って代わるべきであり、憲法は、合理的な社会的コストで作用するものをこそ要求している。加えて、1791年の修正第4条の成立から、およそ125年も経ってから初めて排除法則が登場したという両者間のタイム・ラグからも、証拠排除が憲法上の目的であると解することは難しい。それどころか、証拠排除をするか否かが各州に任せられていたところに、排除法則適用州（例として Illinois 州）の方が適用しない州（例として Massachusetts 州）よりも、市民の自由権をより良く保護したという実証はなく、また、排除法則を採用せずとも、排除法則を自動適用するアメリカと少なくとも同程度に警察の市民権への介入を防いでいるように見える国は存在している。

これらのような排除法則に対する批判を踏まえて、Kaplan は「功利的」(utilitarian) な議論に移る²⁶。彼は、排除法則が将来の違法捜査抑止に役立たないとされる理由は次のようなものであるとする。すなわち、排除法則は、捜査官が、事実審において、彼らの捜索が適法であったという偽証に成功することによって、あるいは証拠排除がされたケースにおいて警察組織がそれを隠し捜査官がそれを知らぬままとすることによって、抑止という目的に役立たなくなる。また、今日普及している有罪答弁制度のもとでは、被告人が、身柄拘束の期間や、より厳しい量刑をもたらす可能性を考慮しなければならぬ公判に価値を見出すことは難しい。このような状況のなかでは、捜査機関に対する排除法則の威嚇は働かないことになる。それだけではなく、捜査官にとって、証拠排除の法的理論は、連邦最高裁が一体なにをその理論の命ずるところであると解しているのかを理解するには、複雑で難解なものであ

25 John Kaplan, *The Limits of the Exclusionary Rule*, 26 Stan. L. Rev. 1027, at 1029-1032.

26 *Id.*, at 1032-1035.

る、と。

次に、Kaplan は排除法則のコストは、排除法則が刑罰の保つ何らかの功利性を減少させることやたった一人に過ぎなくとも危険人物の解放であるという社会的コストとして算出されるという²⁷。そしてここで、彼は、報復の必要性という公衆が抱くフラストレーションをコスト計算のファクターとしなければならないという考えを明らかにした²⁸。それに従えば、以下のとおりである。すなわち、明らかに有罪と考えられる人物が排除法則適用のおかげで解放されることこそが、公衆の正義の感情を踏みにじる。しかしこの感情は、単純に有罪となるべき者が処罰を免れることからのみ生じるのではなく、捜査官によるエラーと被告人が排除法則から得る恩恵との間の不均衡から生じる。それゆえ、排除法則の根拠たる司法の廉潔性保持の要請も正当化し得ない。また、ある制裁が修正第4条違反を事前に抑止する場合には、たしかに多くの者を野放しにするが、これを公衆は認知しないであろう。一方、排除法則は、すでに違法行為が行われ証拠が獲得された後にのみ適用されることから、どのようなエラーがあったのかが知られることになり、排除法則における不均衡は実感を伴うものとなる。

Kaplan は、それゆえに、排除法則は、このような排除法則に対する公衆の不満をも含めたコストの削減と修正第4条違反の数を減らすというベネフィットの増大の両方を叶えるように改められるべきであるとし²⁹、重大事件の例外を設けるべきであると主張した³⁰。彼は、Jackson 判事の提案³¹に従い、手段と目的との間の均衡から警察権力行使の合理性を判断するものとする。彼は、この例外が重大事件における修正第4条違反の促進をする危険性は認めつつも、排除法則よるあまりに大きな不均衡と明らかなコストに比べれば、まだましであり、有罪の者を自由にすることがないぶん、裁判官が修正第4条違反について厳格に判断するという意味で優れているとする。

Kaplan のこの適用例外の提案は、具体的なケースでの排除法則適用を論じるにあたって示唆に富むものであるが、しかし、それだけではなく、あるいはそれ以上に、議論の前提とされた根拠論の点にも注目しなければならない。これまで、排除

27 *Id.*, at 1034–1035.

28 *Id.*, at 1035–1041.

29 *Id.*, at 1045.

30 *Id.*, at 1046–1049.

31 *Brinegar v. U.S.*, 338 U.S. 160, 180–183 (1949) (Jackson, J., dissenting).

法則がされされた様々な批判は、すでに扱ったとおり、排除法則の理論的根拠を抑止効としたこと、そして証拠排除判断の際のbalancing・テストを用いていることでより強固になる。そのために、排除法則は、その目的たる違法捜査抑止に役立たず、仮に役立ったとしても、そのベネフィットよりも有罪の者をみすみす逃すというコストの方が大きいのだ、と批判されるのである。抑止効の有無は議論がなされて久しいが、結局は実際に効果があるか否かを測ることは相当に困難で、時代や地域等の様々な条件によって変化するものであり、「ある」とも「ない」とも言い切れない類のものである。これは、連邦制をとるアメリカ固有の問題ではなく、全国的に同じ法が適用されるわが国にも同じくいえることであろう。したがって、Kaplan のように、実際の抑止効果の有無よりも、むしろ市民が抑止による効果が出ているように感じるか否か、という観点から排除法則の存続を占うほかないとも考えられる。この点について、井上正仁教授は、「公衆をして、明らかに犯人である者を逃してしまうという結果はこれを受忍せざるを得ないものと感じしめるほどに顕著な抑止効果を示すことができないということは、ここでは大きな弱点なのである」と評価し、「排除法則の命運を握っているのは、理論的な説明でもなければ、経験的な証明でもなく、実は、このような『政治的』要因ではないかと思われるのである」³²と結ぶ。

しかし、この政治的要因というものも、結局は、国民がそう「感じるか」という、曖昧で漠然としたものに頼っているのではないか。Kaplan は、重大事犯に限ってその恩恵ごと被告人から取り上げ、公衆の感じる不均衡を「感じさせない」ことができる主張する。しかし、殺人や武装強盗、組織的な誘拐等に限ってその恩恵を与えないことのみで、バランスがとれていると感じさせることは可能であろうか。薬物犯罪が横行する現代において、具体的な証拠排除の争いは重大犯罪よりも、軽い犯罪の場面で公衆に認知されることから、その疑問はより強くなる。とりわけ、わが国の最高裁において証拠排除が争われた事件は薬物事犯が殆どを占めているのである³³。そうであるとすれば、Kaplan のいう最も重大な事件への適用例外は、お

32 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）157頁。

33 排除法則の採用を理論上認めた昭和53年9月7日第一小法廷判決刑集32巻6号1672頁は、所持品検査によって発見された注射器と覚せい剤の証拠能力が争われた事案。続く、最高裁昭和61年4月25日第二小法廷判決刑集40巻3号215頁は、覚せい剤事犯捜査中の採られた尿とその鑑定書の証拠能力が争われた事案。最高裁昭和63年9月16日第二小法廷判決刑集42巻7号1051頁は、覚せい剤自己使用が疑われた被告人を、有形力を用いて警察署に連行した後に行われた所持品検査の結果、靴下の中から発見された覚せい剤と注射器、そして

そらく殆どの場合にわが国においては実際の問題とはならない。問題は、それ以外の事件において証拠排除が争われることばかりであっても、なおも排除法則が存続可能であるかを問うことである。

2. 日米におけるモデル論

以上のようにして、これまで挙げられてきた排除法則の根拠がそれだけでは確たる力をもたないことが確認された。Herbert L. Packer は、今日ではあまりにも有名な刑事司法における二つのモデルを提案した際に、各モデルから導かれる違法収集証拠に対する帰結に触れ、モデル論から排除法則を語ることも可能であることを示した。したがって、わが国においてモデル論から排除法則を論じることもまた許されるのではないか。この Packer の議論は伝播し、わが国のモデル論の行方を示したと考えられる点で重要であるので、以下、まずこれを繙くこととする。

(1) Packer のモデル論

Herbert L. Packer は、1964年発表の“Two Models of the Criminal Process”³⁴と題された論文において刑事訴訟の二つのモデルを提示し、いうまでもなく、その後の刑事訴訟法学に多大な影響を与えた。Packer は、刑事法の中核にある規範的な対立をあらわすものとして、二つの規範的モデルを提示した。“the Due Process Model”（以下、デュー・プロセス・モデルとする）と“the Crime Control Model”（以下、犯罪統制モデルとする）である³⁵。

犯罪統制モデルは、以下のように説明される³⁶。刑事手続によってなされるべき

その後に任意で提出された尿の鑑定書が争われた事案。平成6年9月16日第三小法定決定刑集48巻6号420頁、平成7年5月30日第三小法定決定刑集49巻5号703頁、平成8年10月29日第三小法定決定刑集50巻9号683頁も、そして、証拠排除を認めた平成15年2月14日第二小法廷判決刑集57巻2号121頁、その後の平成15年5月26日第一小法廷決定刑集57巻5号620頁にいたるまで、すべて捜査の過程で発見された薬物事犯に関する証拠が争われている。このうちの殆どが、職務質問に伴う所持品検査の態様が問題となっているが、実際に証拠排除をした15年判決は、それに当てはまらず、窃盗を被疑事実とした逮捕令状の執行方法とそれに引き続く採尿の結果得られた証拠（そしてその後の捜索・差押による薬物）が問題となった事案ということで、特徴的である。しかし、これも窃盗罪と覚せい剤自己使用と所持という、Kaplan のいう最も重大な犯罪には当てはまらないことは明白である。

34 Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. Pa. L. Rev. 1 (1964).

35 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 246 (1968).

36 *Id.*, at 158-163.

こととしては、何よりもまず犯罪行為を鎮圧することが重視され、これを達成できないことは、一般的な法の軽視をうみ、社会秩序の崩壊をもたらすとする。そのため、犯罪統制モデルは、第一に、刑事手続の各段階における効率性—犯罪を犯したと認知された者を、捜査から終局処分までの諸手続において高確率で処分する—に注目する。このモデルを成功させるには、迅速性と終局性が要求される。すなわち、インフォーマルに、画一的に対処し、そして申立の機会を最小化することである。そこで、公判廷における尋問や反対尋問よりも、警察署における取調べが事実認定には大きな役割を果たし、ルーティンでステレオ・タイプの手続によって大量の事件処理が実現する。Packer は、これを、流れ作業あるいはベルト・コンベアーと表現している。また、このモデルは、刑事手続を、その各段階において、有罪の可能性がないものを取り除き、その残りを次の段階へ送るという選別作業を行ってゆくスクリーニング・プロセスと捉える。その基礎には、（結果の予測としての）有罪の推定があり、警察官や検察官によるスクリーニング作業が、推定的有罪の尺度となるとみなされることとなる。その効率化を図るためのものとしては、有罪答弁が中心的なものとして活用されることになると考えられている。

一方で、デュー・プロセス・モデルは、これとは全く異なったものに価値を置くと説明される³⁷。当然に、社会が犯罪の鎮圧を望んでいることを否定するわけではないが、より複雑なアイデアから構成される。Packer はこのモデルを、障害物コースのように、被疑者の起訴に至るまでの各段階に困難な障害物を設置していると説明する。犯罪統制モデルが上述のように、犯罪事実を認定するために捜査機関による取調べ等に重要な役割を負わせ、捜査機関を厚く信頼していたのに対し、デュー・プロセス・モデルはこれを否定する。被疑者による自白や証人による供述は、物理的または心理的強制によって獲得された、あるいは記憶の過程での不正確さがあったというおそれがあり、誤判に導く危険性が高いと考えられるからである。そのため、インフォーマルな事実認定の形式を否定し、正式な事実認定手続をとるべきであると考ええる。このモデルは、誤判を可能な限り防止し取り除こうとする。また、個人に対するスティグマと自由の損失という刑事手続の結果は、政府が個人に与える最も重い損害であると考ええる。個人が政府の強制的な力的となり得るからこそ、最大限の効率—このモデルによれば、このことは最大限の暴虐を意味

37 *Id.*, at 163-167.

する—でもって力が行使されることは制御されなければならない、そのぶん効率性の減少を甘受する。さらに、「法的有罪」(legal guilt)の理論に基づき、有罪であるということは、法定の適法な手続きに基づき有罪認定がされたことを意味するものと考え、無罪推定を重視する。ここでは、事実に基づく無罪という意味ではなく、形式的な手続きに則り有罪の判決を受けるまでは、有罪であると断じて被疑者・被告人を扱ってはならないという意味で無罪推定が用いられる点で、犯罪統制モデルとは全く異なる。したがって、例えば公衆の面前で犯罪を行った者であっても、無罪推定は当然にはたらかなければならない。

Packerは、いずれのモデルを採用すべきかを主張するためではないという断りをしたうえで、これら二つの対になるモデルは実際の刑事手続きがどのような傾向にあるかを図るスケールの両極端であることを示したのであった³⁸。

(2) 日本におけるモデル論

Packerの議論は、アメリカのみならずわが国にも強い影響を与えるものであった³⁹。わが国における刑事訴訟のモデルについて、デュー・プロセスという概念を広く知らしめることにとりわけ貢献した田宮裕博士は、職権主義のモデルに結びつく「必罰主義のモデル」と当事者主義のモデルに結びつく「デュー・プロセス主義のモデル」の二つを提案した⁴⁰。

まず、田宮博士は、必罰主義について、実体的真実主義を言い換えたもので⁴¹、「文

38 *Id.*, at 153. また、この二つのモデルに対する批判も存在する。たとえば、Goldsteinは、Packerの二つのモデルは、それぞれ別次元のものを対置しているという批判をしている。Goldsteinは、糺問モデル (inquisitorial model) と弾劾モデル (accusatorial model) のほうが手続モデルとしては有用であり、どちらかが犯罪抑制あるいは適正手続に、より役立つのかということは確定的ではなく、その運用如何によっては、糺問モデルが適正手続に資することもあり得るのだと主張する。See, Abraham S. Goldstein, *Reflection on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*, 26 Stan. L. Rev. 1009 (1974). See also, Abraham S. Blumberg, Book Review, 117 U. Pa. L. Rev. 790 (1969) (reviewing Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction* (1968)); Malcolm M. Feeley, *The Process Is the Punishment: Handling Cases in a Lawer Criminal Court* (1979); Doreen Mc Barnett, *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice* (1981).

39 鴨良弼「刑事訴訟と方法論：とくにH・パッカーの方法論について」研修368号16頁(1979)、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造：訴訟対象論序説』(成文堂、1979)1-19頁、松尾浩也『刑事訴訟の原理—東大社会科学叢書(46)』(東京大学出版会、1974)など。

40 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』(有斐閣、1972)167頁以下。

41 同様に「実体的真実とは、必罰主義の婉曲名辞(ユーフェニズム)にほかならない」とするものに、松尾・前掲注39、350頁。

字通り犯人は必ず処罰しようという思想」⁴²と定義し、以下のように説明した。

「日本でも刑訴法1条は、『事案の真相を明らかにし』といて、実体的真実主義の大目標を宣言しているといわれる。なるほどそれに間違いはないが、この語の本来の意味は、端的に誤りのない事実認定をしようといった無色の宣言なのではなく、処罰の確保というすぐれて秩序維持的な発想にあった。実体的真実主義とはもと犯人必罰主義そのものだったのである。したがって、犯人を誤りなく有罪にすることを積極的真実主義、無辜を誤りなく解放することを消極的真実主義とよび、両者は表裏一体、相即不離であるかのように理解されているが、実体的真実主義は概念の問題ではなく基本思想であって、その意味では後者はまったく新しい—異質の—発展観念なのである。」^{43, 44}

そして、続いて、デュー・プロセスについては「消極的真実主義からの流出物」であるとし、それは被疑者・被告人への適正手続の保障という意味で、刑事手続における人権主義であるという一般的な理解を認めた上で、以下のように述べている。

「しかし、その背後にある思想は、人権保障というばかりでなく、かりにも無辜を罰すまいといういわゆる消極的真実主義だと思う。『十人の有罪者を逃がすことがあっても一人の無辜を罰するな』という法格言があるが、このような無実者の不処罰の原則がデュー・プロセスの基礎にある思想なのである。……」⁴⁵

必罰主義は、犯人処罰を至上とするため、全ての者が捜査・訴追活動に協力し、被疑者・被告人は、国家の訴追力に屈し、権利の剥奪を体験することになるのである。このモデルは、事件が捜査機関から検察官の手に移り、裁判所がこれの後見をすることによって、処罰を担保するという職権主義と結びつくとされる⁴⁶。これに対して、デュー・プロセスのモデルは、無罪の推定が貫かれ、当然に無辜の者の訴

42 田宮・前掲注40、168頁。

43 同上。

44 これに対する批判として、団藤重光「刑事訴訟における主体性の理論」ジュリスト905号50頁。

45 田宮・前掲注40、168-169頁。

46 同上、170-171頁。

追を回避すべく、厳格な強制処分の要件のもと、被疑者・被告人の権利は可能なかぎり保障されることになる。このモデルは、検察官と裁判所の関係を切断し、当事者として被告人が無罪の立証をすることを許すという当事者主義と結びつくとされる⁴⁷。田宮博士は、「当事者に主体的な訴訟活動の権限を与えるものを当事者主義と称する」一般的な観念に対して、「当事者主義は消極的真實主義をと結合した実践的な主張である」とし、この意味で当事者主義は「デュー・プロセス・モデルの構造的な表現形態なのである」と説き、必罰主義を完全に放棄して、デュー・プロセス・モデルを採用すべきであると主張した⁴⁸。その理由は、憲法の人権保障の理念と旧法に対する歴史的反省という点に求められるとされる⁴⁹。なるほど、戦後、憲法とともに全面改正を経験した現行刑事訴訟法は、大陸法的な職権主義から英米法的な当事者主義へと大転換をはかった。それは、内からわき上がる力ではなく、外的な力によるものであった⁵⁰。それゆえ、わが国の刑事訴訟法には職権主義の残滓を見ることができ、それらとの調和を図ることで、当事者主義を採用するとした現行法の説明がたびたびなされてきた。これに対して、田宮博士は、日本におけるモデル論としてデュー・プロセス主義の徹底を主張し、その後もそのなかでいかにデュー・プロセスを解すべきかという議論を展開した。それは Packer による、スケールとしてのモデル論とは異なっていた。その後の学説でのデュー・プロセスに関する華々しい議論は、周知のとおりである。

ところが、わが国におけるモデル論は完全に一致をみたわけではなかった。田宮博士がその見解を発表した後、鈴木茂嗣教授は、Packer のモデル論に対する Goldstein による批判⁵¹に、犯罪統制はすべての手続が向かう目的であり、デュー・プロセスはその目的達成のための手段であるとして賛同し⁵²、その理由として「『犯罪統制主義』ないし『必罰主義』に對置さるべきは、『適正手続』ではなく、むしろ

47 同上、171頁。

48 同上。

49 同上、17頁。

50 日本国憲法の制定について、「民衆によってなされる『下からの革命』でもなく、またこれを「そらすために、また外圧によって生じた近代化の必要から、旧支配階級の計画と指導のもとに、行われる妥協的な形の革命（改革）」としての「上からの革命」によるものでもなく、戦後、アメリカを主体とする連合国によってもたらされた革命であるとして「『横からの革命』の結果にほかならなかった。」とするものに、川添利幸『憲法保障の理論』（尚学社、1986）36-37頁。

51 Goldstein, *supra* note 38, at 1015.

52 鈴木・前掲注39、140頁。

る『人権（尊重ないし保障）主義』だと思われるからである」⁵³と述べた。そして、田宮博士が、必罰主義を廃すべきであると提案したのに対し、次のように主張した。

「…『適正手続』とは憲法の人権保障の要求に合する適正な手続をいうのであるから、それは、一種の『人権論』だといってもよい。しかし、それは、他方において犯人必罰の要請をも視野に入れつつ、適正な手続かどうかを論じようとするものであって、決して必罰要求を最初から排斥して問題解決にあたらうとするものではないことに留意する必要がある。すなわち、適正手続論は、それ自体、一種の『利益衡量論』的側面をもつものである。」⁵⁴

さらに、処罰の確保と人権保障とが対置され、それらが調和したところに成り立つ合憲の手続こそがデュー・プロセスであるとし、必罰主義と適正手続との対置を批判したうえで⁵⁵、

「適正手続は、現行憲法の現実的要請であって、単なるモデルではない。もっとも、適正手続論を展開するにあたっては、その理論的分析ないし説明の道具として、われわれは各種の『訴訟モデル』ないし『対概念』を不可欠とするであろう。しかし、必要なのは『適正手続モデル』論なのではなく、むしろ適正手続論を実質化するためのモデル論なのである。このような観点からは、実体的真実主義（必罰主義）と適正手続とを対置するというのではなく、むしろ前述のような、従来漠然と適正手続の名の下に理解されてきた各種の観念を、これに対置さるべき観念とともに、それぞれ対概念あるいはモデルとして意識的に利用することが有益であるといえよう。たとえば、必罰主義と人権主義、実体主義と手続主義、積極的真実主義と消極的真実主義等の対概念がこれである。」⁵⁶

とした。

このような、必罰主義に対置すべきものについての結論の違いは、適正手続の捉えかたの違いによる。デュー・プロセスの核が刑事手続における人権保障にあることに疑いはないであろうが、田宮博士は、これに消極的真実主義を加えた。一方の

53 鈴木・同上、6頁。

54 同上。

55 また、別の機会においても、鈴木教授は同様の主張をされている。鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造 下巻』（成文堂、1997）3頁。

56 鈴木・前掲注39、7頁。

鈴木博士は、適正手続のなかに「必罰」の要請をも取り込もうとし、必罰と人権との均衡をはかることが適正手続と説く。しかし、適正手続とは、『適正手続によらなければ刑罰を課せられない権利』という権利概念との脈絡で意味を持つものであり、人権のカテゴリーに属するもの」であって、また、適正手続の適正さ確定は人権という枠のなかでの利益衡量である⁵⁷。さらに、必罰主義とは、読んで字の如く、法を犯した者を一人残らず発見し確実に必ず処罰することなのであるから、これに対置されるべきは、人権保障であり、これは、法に従ったときに法を犯した者を取りこぼすことを甘んじて受け入れてでも無辜の者を罰しないという態度によってしか実現し得ない。この観点から、必罰主義のモデルとデュー・プロセス主義のモデルとが対置されるべきであると考えられる。

では、わが国のモデル論における二つのモデルは、Packerの二つのモデルと重なり合いをもつものであろうか。まず、デュー・プロセス・モデルとデュー・プロセス主義のモデルは、その内容はほぼ重なりといえる。後者が、とりわけ、無辜の者を罰しないという点を強調するとはいえ、いずれも手続の適正さを保障するために企図された様々なルールが実施されない場合には、有罪の者が自由になることを許容するという観点に立つものだからである。

次に、これらとそれぞれ対置される犯罪統制モデルと必罰主義のモデルの異同についてであるが、両者とも犯罪を行った者の処罰を最優先するモデルであるという共通性はあるものの、Packerの犯罪統制モデルの特徴的な点は、有罪を効率的に得ることで、事件の大量処理が可能になるという点にあった。一方、必罰主義のモデルは、積極的実体的真実主義と固く結びつき、その最も特徴的な点は、犯罪を行った者の発見と処罰が「錦の御旗」とされるところにあるので⁵⁸、いきおい捜査は長期化し、徹底した被告人追求と周到な証拠収集の要請によって裁判は自ずと迅速さを失う結果となる。ここに、迅速さや効率性、または大量処理の可能性は見出すことができない。

3. 排除法則とモデル論

Packerが提案した二つのモデルは、半世紀が経った今日でも、「本質的で普遍的

57 小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（成文堂、1983）13頁。

58 田宮・前掲注40、139-141頁。

なモデルである」⁵⁹とされている。これに強い影響を受けたわが国におけるモデル論は、必罰主義ではなく、デュー・プロセス主義のモデルを採るべきであるという「選択」の問題としての提案がされた。国を問わず、刑事訴訟の役割が、事件の真相を明らかにすることであるのは疑いようがない。しかし、それだけでは刑訴法の役割は刑法の侍女でしかない。わが国の憲法を眺めると、31条の適正手続条項に始まり、以下40条までにある人権保障のための具体的な内容を有していることがわかる。これは、手本とした合衆国憲法以上に詳細なものであると評価される。そして、これを受けたわが国の刑事訴訟法は、刑事手続における各段階において、被疑者・被告人の権利を保障すべく様々な規定を置いている。わが国の刑事訴訟法が「憲法的刑事訴訟法」と呼ばれるゆえんである。

たしかに、刑訴法1条の掲げる目的としての真実発見と適正手続とは時として対立する。しかし、わが国の刑訴法について、「真相解明本位の刑事訴訟から、適正手続本位の刑事訴訟へ、移行ないし接近しようとする努力が払われ」⁶⁰、これによって職権主義から当事者主義化が図られたからには、真実発見は、適正な手続によってなされるべきであるというハードルを超えてやっと到達できるゴールでなければならない。この考えは、当然に「被告人有罪のためにあらゆる便宜が考慮される」⁶¹という積極的実体的真実主義とは相容れない。このことは、有罪の者の処罰を軽視しているものではなく、それはそれとして刑事訴訟の当然の役割であると認めつつも、刑事手続が人権を保障する適正な手続によってのみ行われなければならない、また無辜の者の処罰を回避するためのデバイスを設けたことで有罪の者が罪を免れることを甘受しようという、単なる刑事手続の仕事を一歩進めた考えなのである。その意味で、真実発見といえども、それは消極的実体的真実主義でなければならない⁶²。そして、この理解に従えば、わが国の憲法と刑事訴訟法の各規定を実現するには、デュー・プロセス主義のモデルからの検討が重要であると考えられるのである。

では、このデュー・プロセス主義のモデルでは、証拠法則はいかに解されるのであろうか。まず、本稿のテーマとする排除法則とは別の証拠法則に目を向けてみると、わが国では、供述証拠の証拠能力についての自白法則と伝聞法則がある。さま

59 上口裕『刑事訴訟法 第4版』（成文堂、2015）13頁、注釈4。

60 松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、1979）13頁。

61 田宮・前掲注40、141頁。

62 岩下雅充ほか『刑事訴訟法教室』（法律文化社、2013）4頁〔中島宏執筆〕。

ざまな議論が展開され続けているところではあるが、これら法則の存在自体は揺るぎない。その理由は、法的根拠が明確であることのみならず、刑事訴訟における目的としての真実発見に、これらの法則が資するという点にも求めることができると考えられる。例えば、拷問による自白は、早くの解放を願うあまりに、取調官が期待している内容に沿って被取調者が供述をしてしまった結果、誤判を生む可能性があるものである。このことを防止するために、そのようにして得られた自白を自白法則によって排除することは有用である⁶³。

また、伝聞法則は、例えば伝聞証人が公判廷に出てきた場合に、当の供述をした本人に対する反対尋問を行うことができないため、伝聞の危険を除去できないことをその根拠とする。これらは、供述証拠の性質と密接に関連するもので、これらの証拠能力の制限は、事実認定の正確性を保障し真実発見に役立つことになるということができる。仮に、これらの法則を適用して、自白を排除し、あるいは伝聞証拠を排除した結果、有罪と目される者が嬉しい誤算を得ることがあったとしても、一般的に誤判の危険を含む証拠を認めて誤判を生む危険性を常に抱えるよりもまだ良い、という消極的実体的真実主義に基づく判断がここにあるものと考えられる。これは、真実発見の目的に資するデュー・プロセスであり、両者は矛盾しない。

しかし、その一方で、非供述証拠は、かつての大審院と最高裁がそう述べたとおり、証拠獲得手段自体の違法が認められたところで、その証拠価値自体に疑問をもたれるような性質を有しているとはいえない。被告人の自宅にあったビニール・パッケージ入りの「白い粉末」が、違法な搜索・差押えによって獲得された場合と適法な搜索・差押えによって獲得された場合とで、「小麦粉」になったり「覚せい剤」になったりする、という危険性は存在し得ないのである。そうすると、違法な搜索によって得られた証拠を排除することが、真実の発見に役立つのであろうかという疑問が当然に生じる。排除法則を採用すれば、かつての如く必罰主義的な積極的実

63 自白法則の根拠については、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説があり、現状ではこのうち違法排除説が強く支持されているが、しかし、イギリスにおける自白法則の歴史的背景をみると虚偽排除の観点は重視すべきであるし、わが国における歴史的反省の点からも人権擁護説を否定することはできない。それゆえに、違法排除説のみで自白法則を根拠づけることは適切でないのではないかと現在のところ考える次第である。自白法則の根拠をこれらの「三面からとらえるべきではなからうか」とするものに、黒木忍・川端博編『刑事訴訟法』（信山社、1993）〔山田道郎執筆〕193頁。なお、山田教授は、「もちろん、これらのうちで、違法排除がもっとも重要な役割を果たすことはいうまでもない。」とされる。

体的真実主義と解された真実発見に反するのはもちろんであるが、更に、消極的実体的真実主義としての無辜の者を罰しないと解するそれに直接的に資することもない。

では、なぜ、「お巡りがへまをしたから犯人が無罪放免になる」⁶⁴のか。その問いに答えるための鍵は、Packerのデュー・プロセス・モデルにおける法的有罪（legal guilt）という概念である⁶⁵。すなわち、犯罪統制モデルは、違法な逮捕、不合理な捜索、強制的取調べ等を禁じるルールを認めるものの、違法に収集されたということを理由として証拠排除することを認めない。なぜならば、法的有罪ではなく事実上の有罪（factual guilt）を重視するこのモデルにとって、証拠排除は、有罪にする手続の効率性を致命的に減少させるものだからである。なお、これとは若干異なる必罰主義のモデルにとっても、事実上の有罪が見込まれる者を一人残らず処罰する確実性にとって、排除法則は最も好ましくない。それどころか、犯罪統制モデルよりも、必罰主義のモデルの方が、より排除法則を嫌悪するであろう。一方で、デュー・プロセス・モデルとデュー・プロセス主義のモデルは、排除法則を受け入れることになる。適法に得た証拠に基づき、合理的な疑いを超える法的有罪を立証することと認定することを、それぞれ訴追側と裁判所に要求するのがこのモデルであるからである。違法な獲得手段によって得られた証拠を用いた審判は、法的有罪に到達することはできない。排除法則は、法的有罪を得るために必要なルールとして将来の違法捜査抑止とは異った役割を担う⁶⁶。このようにして、二つのモデルの対立を浮き彫りにする違法収集証拠に関する議論は、各モデルを特徴づけるうえで重要な要素といえる。

事実、アメリカ連邦最高裁の態度の変遷はこのことを示すものである。Weeks事件判決やMapp事件判決において、連邦最高裁が、排除法則を、修正第4条が要求するもの⁶⁷、修正第4条の必要不可欠な一部⁶⁸とした際には、個人に対する権利保障と、適正な手続による法的有罪を重視していた。このことから、このころの連邦最

64 *People v. Defore*, 242 N.Y. 13, at 21, 150 N.E. 585, at 587 (1926).

65 Packer, *supra* note 35, at 166-168.

66 他方、抑止効は、単に将来の違法捜査再発を防ぐという目的のためのものであり、それによって個人の権利を守るという面を捉えればデュー・プロセスに、適法とされる手続をとることで、よりスムーズに有罪を得るための活動を行わせるという面を捉えれば犯罪統制に資するという二面性を有する可能性も残っているのもであるとも考えられる。

67 *Weeks*, 232 U.S., at 391-392.

68 *Mapp*, 367 U.S., at 657.

高裁、つまり Warren Court は、デュー・プロセス・モデルに傾いていたといわれる。その後、首席判事交替以降、排除法則の例外が設けられ、原則と例外は逆転してゆくことになるが、このときの、事実上の有罪の重視と証拠排除を避けるための例外の創設における様々な言説は、連邦最高裁の犯罪統制モデルへの傾倒を示すものとされ、Burger Court においてアメリカの刑事手続は、犯罪統制モデルへと舵を切ったと評価される⁶⁹。一方で、各コートはいずれも犯罪統制とデュー・プロセスとの調整につとめてきた面を有し⁷⁰、これはあまりにも簡略な評価であるという批判もある⁷¹。しかし、Burger Court が事実上の有罪に至る有用な証拠の排除を控えた点は、犯罪統制という目的に一致する⁷²。このようにして、違法収集証拠の取扱いの差は、裁判所がいずれのモデルに寄っているかの評価における要素のひとつとしてみなされる。

一方、わが国の証拠排除は、アメリカのそれとは違い、あくまでも例外的なものにすぎない。それは、デュー・プロセスを盲信せず、証拠排除が要求されるべき捜査官の違法行為を相当に限定して解することで、排除法則を採用しながらも事実上の有罪の者を処罰するという目的を叶えようとしてきた態度を示す。しかし、刑事訴訟は必罰や犯罪統制のみを目的とするのではない。刑訴法1条に掲げられた適正手続の実現においては、法的有罪に到達することこそが重視されるべきである。たしかに、たとえば、昨今、違法排除説が有力とされる自白法則もこれに資するものではあるが、それは同時に事実上の有罪にも至らしめるものでもあり、排除法則とは性格を異にする。排除法則は、事実上の有罪への障壁となるが、そうであるからこそ、わが国における適正手続の実現を特徴的に示すことが可能であるという点で際立った働きをするのである。その意味で、排除法則は、抑止効や司法の廉潔性といった政策的根拠論とは別の側面から、その存在の意義を有するのではなかろうか。

69 Louis M. Seidman, *Factual Guilt and the Burger Court: An Examination of Countinty and Change in Criminal Procedure*, 80 Colum. L. Rev. 436, 437 (1980).

70 Peter Arenella, *Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies*, 72 Geo. L. Rev. 185, 195 (1983).

71 *Id.*, at 270-213.

72 *Id.*, at 270.

おわりに

本稿は、排除法則を刑事訴訟のモデルから捉えるという試みをした。そのなかで、デュー・プロセス主義のモデルから当然に排除法則が導かれること、排除法則は、デュー・プロセスを実現させるためのものの一つとして考え得るという結論に至った。一口に根拠論としてきたが、これまでいわれてきたような抑止効等と同じようにこのモデル論を扱うことはしてはならず、あくまでもデュー・プロセス主義というモデルから見たときに排除法則を認め得るのか、という意味がそこにはある。デュー・プロセスが、わが国の刑事訴訟法が標榜するひとつの目的であるとするならば、これに一致するかまたは資するかという観点で議論がなされるべきである。この点を捨象して証拠の許容性を判断すべきではないのではないのか。本稿においては、他の理論的根拠と、モデル論から見た排除法則の関係性についての検討に踏み込むことができなかった。本稿をきっかけとして、次の課題としたい。

（人文社会系助教）