

適正手続条項による証拠排除 —Richard Re の「The Due Process Exclusionary Rule」を 手がかりとして—

守田智保子

はじめに

1. Re の Due Process Exclusionary Rule の根拠
 - (1) デュー・プロセス条項と修正第4条
 - (2) 修正第4条の歴史的変化
 - (3) 排除法則の特徴とデュー・プロセス
2. Due Process Exclusionary Rule の具体的内容
 - (1) Scope Rule と Manner Rule
 - (2) 善意の例外との関係
 - (3) 派生証拠の取扱い
3. 検討
 - (1) 排除法則の法的根拠について
 - (2) Scope Rule と Manner Rule について
 - (3) 証拠排除における諸例外について

おわりに

はじめに

違法収集証拠の証拠能力について、わが国の最高裁判所（以下、最高裁とする）がその態度を示してから40年余りが¹、そして最高裁が排除法則を適用し証拠排除をしてからは10年以上の時が経過した²。その間、多くの研究が発表され、排除法

1 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。

2 最高裁平成15年2月14日第二小法廷判決刑集57巻2号121頁。

則の根拠と証拠排除の基準を解き明かそうとする試みが続けられてきた。排除法則の根拠としては規範説のほか、政策的観点から、司法の廉潔性説と抑止効説が唱えられてきたが、これらはいずれも排斥し合うような関係にはなく、いわば「総合説」的に根拠となると解することも可能であると考えられている³。

これに対してアメリカにおいては、合衆国連邦最高裁判所（以下、連邦最高裁とする）が排除法則の根拠を示すことに積極的な姿勢を表してきた。このことは、排除法則を連邦の裁判所で適用すると宣言して以来、排除法則を肯定的に受け容れるためのみではなく、否定的な態度を示すためにも、修正条項による保障や司法の廉潔性、抑止効などについて論じてきたことから明らかである。その結果、現在では、連邦最高裁によれば、排除法則の根拠は抑止効に限定されるに至っている。

わが国における排除法則の「総合説」的捉えかたは、それぞれの根拠が均衡を保ち合いを補い合うかたちではたらく場合には、比較的強く証拠排除へと導き得る一方で、それぞれが単独では根拠たり得ないということをも示すようにも解釈され、また、政策的根拠を強調する土台を築き、行く末に暗い影を落とすことが推測される。そのため、わが国においては、改めて排除法則をその法的根拠から論じる必要性に迫られているのではないか。

排除法則に関する一連の連邦最高裁の判断に目を向けると、このような危惧が杞憂ではないことを示す。連邦最高裁は、抑止効を唯一の根拠とすることを前提としてコストとベネフィットの比較衡量による証拠排除の判断を続けた結果、現在では例外側を多く生み出すに至り、排除法則の息の根を止めつつある。その傾向は、Herring 事件判決⁴に代表されるような例外則の適用拡大からも見出すことができる。学説においては、連邦最高裁の態度に否定的または肯定的な見解から排除法則の根拠が議論の対象とされることも多く、各論者による新しいあるいは修正された排除法則が提案されている。そこで、本稿は、2014年に Richard M. Re によって提案された“The Due Process Exclusionary Rule”⁵を手がかりとして、わが国における排除法則の法的根拠の検討を試みる。

3 中島洋樹「違法収集証拠排除法則の現状と展望」川崎英明・白取祐司編『刑事訴訟法理論の探求』（日本評論社、2015）173頁。

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

5 Richard M. Re, *The Due Process Exclusionary Rule*, 127 Harv. L. Rev. 1885 (2014).

1. Re の “Due Process Exclusionary Rule” の根拠

Richard M. Re は、「排除法則は新たな危機的時代を迎えた」と述べる⁶。その時代の到来は、Hudson 事件判決⁷において、排除法則は過去の遺物であり、現在においてはそれが不当なコストでしかないと評価されたことや、Herring 事件判決⁸によって、善意の例外の適用範囲が更に拡大されたことに象徴される⁹。Re は、この「危機的時代」において、従来の排除法則を否定し、排除法則をデュー・プロセス条項から導かれるルールとして捉え直すことを試みている。

(1) デュー・プロセス条項と修正第 4 条

Re は、まず、排除法則の根拠を、修正第 4 条ではなく、修正第 14 条と第 5 条のデュー・プロセス条項に求めて、13 世紀のマグナ・カルタから連綿と続く歴史を振り返る。かつてイングランドの John 王は、貴族と間で、「同輩の裁判」と「国の法律 (law of the land)」によらなければ、逮捕、監禁等をしないことを確認した。ここにある「国の法律」という語は、実定法に従った due process of law を意味するものと理解されて、それがアメリカにも引き継がれたという沿革を振り返りつつ、Re は、実体的デュー・プロセスや選択的組込み論の登場によってデュー・プロセスが変容したとはいえ¹⁰、「特定の憲法上の保障が侵害された場合に他の方法でそれを治癒することは不可能である」¹¹とした連邦最高裁の言葉の中に本来のデュー・プロセスは生き続けているのだと述べて、排除法則を根拠づける¹²。

そのため、Re は、修正第 4 条からのみ排除法則を導くことを否定する。その根拠は、第一に、適正な手続によってのみ、人々の生命、自由、財産の剥奪を行うことが許されるとしたデュー・プロセス条項とは異なり、修正第 4 条はこの要求を明言していないという点である。即ち、デュー・プロセス条項からは、被告人が憲法に反して得られた証拠に基づいて有罪とされることは、その者に与えられるべき適正な手続を欠いて自由が奪われることとなるので証拠排除が要求されるが、修正第

6 *Id.*, at 1887.

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

8 555 U.S. 135.

9 *Re, supra* note 5, at 1887-1888.

10 *Id.*, at 1909-1910.

11 *Bullcoming v. New Mexico*, 131 S. Ct. 2705, 2716 (2011).

12 *Re, supra* note 5, at 1911-1912.

4条自体からは証拠排除は導き出されない¹³。第二に、彼は、被告人が受ける権利侵害は、捜査機関による違法な捜索・押収が行われた時点で「完成」しているという¹⁴。これは、連邦最高裁の「証拠法則の文脈における『司法の廉潔性』がもつ本来の意味は、裁判所が憲法の侵害に荷担してはならない、あるいはそれを奨励してはならないというものである。しかしながら、修正第4条の領域においては、証拠は疑いようもないほど価値があるのであり、当該証拠が裁判所に提出されるまでの段階で、修正第4条侵害は既に完成しているのである。」¹⁵という見解と一致するものでもある。また、修正第4条が侵害に対する救済についての明言を欠いている事実によっても補強されるという¹⁶。第三に、*Re* は、修正第5条と6条が明確に、これらに反して得られた証拠の使用を禁じているのと比較すると、修正第4条は、証拠排除に触れておらず、そのため公判段階では適用されず、「憲法は、対質権のような公判における権利の侵害についてのみ排除を予定している」¹⁷と考えられるとする。以上によって修正第4条は捜査段階に適用されることが明らかであるとして、*Re* は修正第4条のみから導かれる排除法則を否定する¹⁸。

(2) 修正第4条の歴史的变化

修正第4条のみを根拠とした排除法則を否定するとはいえ、*Re* は、違法に収集された証拠の排除に反対する論者ではない。そこで、*Re* は、デュー・プロセス条項に目を向け、当該違法収集証拠が公判廷において被告人に不利益に使用された結果、被告人の自由が剥奪されることがデュー・プロセスを欠いていると説明することによって、デュー・プロセス条項を根拠とした排除法則を組み立てる¹⁹。このとき、修正第4条は、「被告人が『自由』の剥奪を受けるのに先立って『与えられるべき』『手続』」²⁰の一部を構成し、「排除法則は、修正第4条とデュー・プロセス条項の協働の産物」²¹となる。修正第4条侵害の果実たる被告人に不利益な証拠が公

13 *Id.*, at 1890.

14 *Id.*, at 1917.

15 *U.S. v. Janis*, 428 U.S. 433, 458 n.35 (1976).

16 *Re, supra* note 5, at 1912.

17 *Id.*, at 1913.

18 *Id.*, at 1890.

19 *Id.*, at 1912.

20 *Id.*, at 1918.

21 *Id.*, at 1890.

判廷に提出される場合には、与えられるべき手続を欠き、デュー・プロセス条項がその果実の排除を命じることになる。これが、Re の提案する “due process exclusionary rule” の核である。

このことを主張するために、Re は、修正第 4 条が刑事手続に関するものであるという前提を必要とする。刑事手続における保障であるとすれば、公判前の侵害であっても刑事手続におけるデュー・プロセスを欠くこととなるため、公判において政府は当該証拠を使用する権限を有さないという考えが成り立つからである²²。このことを確認するために、Re は、修正第 4 条の歴史的展開を以下のように振り返り、説明する。すなわち、修正第 4 条侵害は現在では当然のように刑事法分野で論じられるが、かつては「不合理な搜索・押収は、一般的に、私人によってなされる不法侵入と同種の法のカテゴリーに属する不法行為の 1 つであると考えられてきた」²³。「職業的警察官」が存在しなかった18世紀では、まれに行われる公務員による捜査的な搜索の被害者は不法行為に対する民事上の救済で解決を図っていたことから、修正第 4 条はとりわけ捜査機関に向けられていたのではなかった²⁴。証拠収集のための搜索・押収が刑事手続の最初のステージとしてみなされるようになったのは、「職業的警察官」が一般的に確立してからのことで、それまでより多くの人々の諸権利が政府の権力のもとで脅威にさらされるようになった²⁵。この歴史的な変化とともに、修正第 4 条侵害の問題は次第に民事訴訟の手を離れて20世紀初めの連邦の刑事訴訟における証拠排除の判断をした *Weeks* 事件判決へと至り²⁶、20世紀も半ばになると *Rochin* 事件判決²⁷に代表されるように、連邦最高裁は、州事件の被告人に対するデュー・プロセスの中に修正第 4 条が含まれていることを認めるようになり²⁸、「デュー・プロセスの保障は、公判前の捜査を規律する憲法上のルールを含

22 *Id.*, at 1918.

23 *Id.*, at 1918–1919.

24 *Id.*, at 1919–1920.

25 *Id.*, at 1920.

26 *Id.*, at 1921.

27 *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). 警察官が、夜間に、搜索令状と相当な理由なくして *Rochin* の自宅に立ち入り、それを認めた *Rochin* が傍に置いてあったカプセルを飲み込んだため、警察官は、彼に胃ポンプ (stomach pump) を使用して強制的に体内からそれを吐き出させたが、当該カプセルの証拠排除が問題となった。連邦最高裁は、このような「良心にショックを与える」拷問のごとき方法による証拠獲得は、修正第14条に反するとして、当該証拠の排除を命じた。

28 *Re, supra* note 5, at 1923.

む」²⁹ことが前提となった、と。

Re は、以上のような変化は、他の憲法上の権利にも見られることを指摘して、捜査段階に適用される修正第4条が、公判段階にも影響を与えることが認められるとする。それは、修正第6条が「被告人 (accused)」に保障された弁護人の援助を受ける権利とその文言上されているにもかかわらず、また修正第5条の自己負罪拒否特権が「証人 (witness)」に与えられるとその文言上されているにもかかわらず、両者とも公判前の捜査段階でも与えられるとされてきたこと³⁰とパラレルの関係である³¹。他の憲法上の権利が、このように公判段階から公判前の段階にまで波及していったのであれば、修正第4条がその逆の道を辿り、捜査段階から公判段階へと足を伸ばすことも許されるはずだということを主張するのである³²。

(3) 排除法則の特徴とデュー・プロセス

Re は、排除法則 (4th amendment exclusionary rule) の特徴として、①申立適格の制限があること (personal)、②返還されないこと (evidentiary)、③原状回復をするものではないこと (Newtonian)、④適用される犯罪を問わず、また修正第4条以外の侵害の場合にも証拠排除がされること (transsubstantive)、⑤修正第14条によって各州に適用されること (incorporated)、そして⑥推定的なものであること (presumptive) の6つを挙げ、連邦最高裁が「直感」に従って認めてきたこれらについて、デュー・プロセスの観点からは理論的に説明し得ると以下のように主張する³³。

- ① personal : Rakas 事件判決³⁴によって、自身の修正第4条の権利が侵害された者のみが排除申立てをすることができるとされて以来、排除法則には申立適格の制限があるとされてきた³⁵。Re は、「もしも排除法則が真に抑止を目的としてい

29 *Id.*, at 1924.

30 *Escobedo v. United States*, 378 U.S. 478 (1964) では、弁護人を依頼する権利は捜査段階から発生しており、また自己負罪についても、公判廷での供述のみではなく、捜査段階での事実上の供述強要が禁止されていたとした。その後、*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) では、黙秘する権利や弁護人の依頼や立ち会いに関する事項を内容とする「ミランダ警告」がなされる必要があるとされた。

31 *Re*, *supra* note 5, at 1924.

32 *Id.*

33 *Id.*, at 1930.

34 *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).

35 排除申立適格について、拙稿「アメリカにおける証拠排除の申立適格」明治大学大学院

るのであれば、(最低でも)著しく憲法に反した捜索から直接的に証拠が得られた場合にはいつでも、排除法則が適用されることになろう³⁶とし、抑止効との矛盾を指摘して³⁷、これに対し、デュー・プロセスの *personal* な特徴をみれば、申立適格を容易に認められるという。たとえば、A という者の家が違法に捜索された結果、A と B とに対する不利益な証拠が発見され、それによって両者とも有罪とされたという場合には、A は自身のプライバシー権等が侵害されたのであるからデュー・プロセスを与えられずに有罪とされたといえるが、B は修正第4条の侵害を受けていないのだから自身に与えられる全てのプロセスが与えられたと認められるということになる。デュー・プロセスとは各個人に与えられる手続であるのだから、第三者への権利侵害を理由とした保障や救済がそれとは別の人物に当然に与えられるものではないとする³⁸。なお、第三者の家に行った者が捜索の対象となった場合には、その者に対するプライバシー侵害の有無を問うが、これは排除法則の拡大ではなく、修正第4条の権利を拡大して民事での解決を図るべきものと考えようである³⁹。

- ② *evidentiary* : 公判廷で排除された禁制品が、被告人に返還されないことについて、*Re* は次のようにいう⁴⁰。すなわち、このような問いについて、従来は財産権の枠組みのなかで説明を試みてきたが、「証拠」としての性格を強調することが必要である、と⁴¹。そして、所有者に適法に与えられるべき財産は、法に従って返還されるべきであるが、禁制品は、所有者（被告人ら）に適法に与えられるべき財産とはいえないことを理由として、返還されずに没収されたとしてもデュー・プロセスを侵害することはないと結論する⁴²。
- ③ *Newtonian* : *Re* は、排除法則は「違法」と判断されたものを「排除」するのみで、原状回復をしないものであるという。これについて、状況に応じて証拠排

法学研究論集35号127頁参照。

36 *Re, supra* note 5, at 1930.

37 連邦最高裁は、現在では排除法則の根拠を抑止効に限定しているが、そのみではなく、排除によるコストとベネフィットの比較衡量を用いることによって、徹底的な証拠排除を行ってはいない点に注意が必要である。*Re* は、ここでは、本来の抑止効説（絶対的な証拠排除によって違法捜査の抑止に働くというもの）を念頭に置いている。

38 *Re, supra* note 5, at 1931.

39 *Id.*

40 *Id.*

41 *Id.*, at 1932.

42 *Id.*, at 1932-1933.

除の適否が決定される抑止効からは、何らかを排除するというのではなく「違法」と判断されたものを排除するに過ぎないという点を説明できないという⁴³。くわえて、違法収集証拠を政府が獲得したことは不当利得であり、政府がそれを得る前の状態に戻す手段として証拠排除が有効であるという考えに対しては⁴⁴、*Re* は、証拠排除は原状へと回復させることを目的としたあるいはそれに役立つためではなく、ただ、デュー・プロセスを欠いた手続の果実が有罪の根拠となるときにこれを排除するという機能をもつものであって、それ以上でもそれ以下でもないとする⁴⁵。

- ④ *transsubstantive*：排除法則適用にあたって当該証拠がどのような犯罪に関するものかを問わないことと、修正第4条以外の侵害にも適用されることを、*Re* は、*transsubstantive* な特徴と呼ぶ⁴⁶。前者については、抑止効や司法の廉潔性を根拠とすると、治安維持や真実発見にとって不当なコストとなるような事件の場合を例外としなければならないはずであると批判し⁴⁷、デュー・プロセスからは、端的に被告人が与えられるべきプロセスを与えられていたか否かが問われることから説明をし得るという⁴⁸。また、この点は、対質権や自己負罪拒否特権が侵害された場合に、訴追されている犯罪の性質を問うことなく *reversal* となることとも一致するため、彼の提案するデュー・プロセス条項のもとでの統一的な証拠排除を説明できるという⁴⁹。さらに、後者の点については、*Re* は、たとえば、修正第6条を侵害して得られた自白を基にして発見された証拠について、連邦最高裁が『『毒樹の果実』の理論は、修正第4条侵害のケースのみに限定されているのではない。連邦最高裁は、修正第6条と…修正第5条侵害のケースにもこの理論を適用してきた。』⁵⁰と述べたことから、様々な憲法上

43 *Id.*, at 1933.

44 *Nix* 事件判決において、連邦最高裁はこのような考えについて触れていた。すなわち、独立入手限や不可避の発見といった例外側は、違法な捜索を許容し政府に利益を与えるものではなく、単に、違法な手段を利用せずとも証拠が獲得された（であろう）場合には証拠を許容することで排除法則適用前の状態に政府の立場を戻すだけに過ぎないとしていた。See, *Nix v. Williams*, 467 U.S. 341 (1984).

45 *Re*, *supra* note 5, *Id.*, at 1933.

46 *Id.*

47 ここでは、*Re* は、抑止効について、コストとベネフィットを比較するという現在の連邦最高裁による抑止効の理解を前提としている。

48 *Id.*

49 *Id.*, at 1933-1934.

50 *Nix*, 467 U.S., at 442.

の保障に排除法則は適用される性質をもつものであると指摘している。Re は、この点についても、多様な背景をもつ違法捜査の動機を検討する抑止効ではなく、デュー・プロセスという共通の源から論じることが、様々な憲法違反に対する証拠排除について一貫性をもって論じることが可能であるという⁵¹。

- ⑤ **incorporated**：排除法則は州にも適用される。修正第4条の保障が修正第14条を通して各州に適用されることを明言した一方、排除法則を採用するか否かは各州の選択に委ねられるべきものであるとして修正第4条の要求の問題と排除法則適用の問題を分離した Wolf 事件判決⁵²を、Mapp 事件判決⁵³が覆してからというもの、排除法則は連邦のみならず州においても適用されてきた。そして、時代を経て、連邦最高裁は、抑止効という根拠を用いることで排除法則の適用を避け、今日では排除法則は憲法上のルールではないとしている。これらの連邦最高裁の立場について Re は、まず、Wolf 事件判決について、連邦最高裁がデュー・プロセス条項を考慮しながらも排除法則を組み入れなかった点を批判し⁵⁴、Mapp 事件判決についても、排除法則を修正第4条の保障する「プライバシー権の不可欠部分」⁵⁵として、これが修正第14条を介して州に適用されとしたことは、修正第14条を「仲介役」に過ぎないものとして扱ったと批判する⁵⁶。そして、Re は、現在の連邦最高裁のように、排除法則を憲法上のルールではないと位置づけると州に適用を強制することの説明ができない一方、デュー・プロセス条項の要求として捉えると、この問題を解決できると主張する⁵⁷。
- ⑥ **presumptive**：Re は、「政府が憲法に反して証拠にアクセスするときはいつでも、排除法則は推定的に適用される。ある捜査が憲法に反するということは、それ自体で、公判から違法収集証拠を排除しなければならないと考える理由になる」⁵⁸はずであるというが、このことは、コストとベネフィットの比較衡量による抑止効を根拠とした現在の連邦最高裁が採用する排除法則からの説明は困

51 *Re, supra* note 5, at 1934.

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

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

54 *Re, supra* note 5, at 1935.

55 *Mapp*, 367 U.S., at 656.

56 *Re, supra* note 5, at 1935.

57 *Id.*

58 *Id.*, at 1936.

難ということになる。また同時に、絶対的な証拠排除がなされないという意味でも「推定的」であり得るが、こちらは司法の廉潔性という根拠との矛盾を生むこととなるという⁵⁹。これに対し、「当該証拠の許容が、被告人の生命、自由、財産をデュー・プロセスなしに奪うことになるのか」⁶⁰を、問う *due process exclusionary rule* によれば解決できるという。なぜならば、彼の提案する排除法則は、証拠が修正第4条に反して獲得された場合に証拠排除を検討する自動的な理由が存在する一方、全ての修正第4条の逸脱が必ずしも絶対的に証拠排除に繋がらない可能性を残しているからである⁶¹。このことは、彼の提案する排除法則の具体的内容によって明らかになる。

2. Due Process Exclusionary Rule の具体的内容

Re は、デュー・プロセス条項の内容、修正第4条を直接的な根拠とすることの否定、そして、排除法則の特徴を巧みに説明ができるということを根拠として、*due process exclusionary rule* を提案した。では、違法な捜索・押収によって得られた証拠物を、彼のいう適正な手続を欠いたものとして排除する場合は、どのようなものであろうか。

(1) Scope Rule と Manner Rule

彼は、排除法則をデュー・プロセス条項と修正第4条の協働の産物とするため、具体的な証拠排除は修正第4条違反の有無によって決せられると考える。しかし、彼は、この修正第4条違反の有無の判断についても、新たなルールを設け、これまでの判断方法を作り替えるという作業をし、必ずしも修正第4条違反が全て証拠排除に繋がるわけではないことを示している。その鍵となるのが、彼の提示する“*scope rule*”と“*manner rule*”⁶²という2つのルールである⁶³。前者は、政府の捜査権

59 *Id.*

60 *Id.*

61 *Id.*

62 *Id.*, at 1945.

63 Re は、*United States v. Ankeny*, 502 F. 3d 829 (9th Cir. 2007) を取り上げた際に、“*scope constraints*”と“*manner constraints*”としてこの2つのルールを説明していた。Richard M. Re, *United States v. Ankeny: Remediating the Fourth Amendment's Reasonable Manner Requirement*, 117 *Yale L. J.* 723, 726-730 (2008).

限の領域についてのルールとして、政府が情報を獲得する際に、その権限を明白に有していることを要求するものであり、後者は、その権限が行使される方法についてのルールとして、政府の搜索が不合理で、有害あるいは品位を下げるようなものではないことを要求するものであると説明される⁶⁴。そのため、*manner rule* は捜査官を規律するのみであるが、*scope rule* は公判廷で使用が許される証拠を適法に獲得されたものに限定するため、後者に反した場合が証拠排除を引き起こすこととなる⁶⁵。

この両ルールの区別は *due process exclusionary rule* に特有のものであると *Re* はいう。なぜならば、抑止効を根拠とした場合には、証拠獲得手段が相当な理由を欠いたものであれ暴力的な方法で行われたのであれ、不適切な方法をとることの動機を削ぐために証拠排除を行わなければならないというのが本来の意味であるからである。また、司法の廉潔性を根拠にした場合には、あらゆる不合理な搜索によって「汚れた」果実を許容することは、裁判所が捜査機関の違法を「大目に見る」ことと同じであり、これを回避するためにはいずれの場合であっても証拠排除をしなければならないことになり、同じく *scope/manner* の区別がされることはないのだという⁶⁶。

Re はこのように新しいルールを設けることによって、証拠排除の基準の明確化をはかる。具体的には、第一に、逮捕に伴う搜索の場合には、以下ようになる。すなわち、彼の挙げる最も簡潔な例として、逮捕に伴う適法な搜索をした警察官が、暴力的な方法で被疑者のポケットの中身を暴露した場合、当該手段は修正第4条違反ではあるが、そのことによって直ちに当該警察官が有していたはずの被疑者のポケットの中身を知るための権限が無効化されるわけではない。このとき、相当な理由は *scope rule* として働き、暴力的な方法を行行使することに対する禁止は *manner rule* として働くため、たとえ警察官が暴力的な手段を行行使したとしても、賠償請求は別として、証拠排除を引き起こすことはないという結論となるという⁶⁷。

第二に、搜索の際の立入りについては、搜索のための相当な理由は *scope rule* となり、当該搜索を実施する際のノック・アンド・アナウンス・ルールは *manner rule*

64 *Re, supra* note 5, at 1945-1946.

65 *Id.*, at 1946.

66 *Id.*, at 1947.

67 *Id.*, at 1946-1947.

となる⁶⁸。その一方で、警察官が単なる直感に基づいて家屋に立ち入ったというような場合には、修正第4条の要求する相当な理由を欠くものであるから、scope ruleに従って、その結果得られた証拠が排除されることとなると説明される⁶⁹。なお、Re は、たとえ警察官がノック・アンド・アナウンス・ルールに反して立入りをしたとしても、その結果獲得された証拠を排除しないとした Hudson 事件判決⁷⁰は、連邦最高裁がこのルールを manner rule と捉えているからであると主張する⁷¹。

第三に、ストップ・アンド・フリスクの場合があるが、これは上述の2つの場合よりも複雑である。Terry 事件判決⁷²によって、警察官がストップ・アンド・フリスクを行う場合には、合理的な疑いを有していることが必要とされており、さらに、その際の留め置きについても合理性のテストがなされる。合理的疑いの要求は、相当な理由と同じく scope rule にカテゴライズされるが、長時間の留め置きについては、それが証拠発見と結びついているか否かで分けられるとされている⁷³。まず、警察官が対象者を停止させた直後に間もなく証拠を発見したものの、対象者をただ長時間留め置いたというような場合には、この留め置きは証拠の発見と結びついてはいないため排除を引き起こすことにはならないが、留め置きが、麻薬探知犬を利用

68 *Id.*, at 1948.

69 *Id.*

70 *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). 有効な令状を携えて Hudson 宅に赴いた警察官が、ノック・アンド・アナウンス・ルールに反して立ち入り、搜索をした結果証拠を発見したというケースで、排除法則が当該ルールの要請に反する場合にも適用されるのが問題となった。連邦最高裁は、第一に、家屋に立ち入る違法な方法が、証拠獲得のためになくはない原因ではなかったこと、第二に、ノック・アンド・アナウンス・ルールは、警察官が突然侵入した結果生じる生命や財産への危険を保護するために要求されるものであること、そして第三に、排除法則は、それによるコストがベネフィットを下回らない限り決して適用されてはならないものであることを理由として、排除法則適用を否定した。この判決は、排除法則の適用が将来に渡り相当程度制限される可能性を示していたものでもある。Kennedy 判事が、この判断は、ノック・アンド・アナウンス・ルール違反の場合には排除法則が適用されないことを示したものに過ぎないという意見を付していることは、このことに対する懸念のようにみえる。

71 *Re*, *supra* note 5, at 1948.

72 *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). 本件は、警邏中の警察官が、特定の店の前を何度も行き来する2人の男が強盗を企てているものと考えて、彼らを停止させ質問したが、曖昧な回答しか得られなかったため、衣服の上から触ったところ銃が発見されたという事実関係のもと、当該停止行為が修正第4条に違反するかが問題となった事案である。連邦最高裁は、犯罪が行われたあるいは行おうとしているという合理的な疑いを有する場合には、停止行為は許容され、さらに警察官や第三者の身体の安全をはかる必要性が認められる場合に捜査が許されるとした。

73 *Re*, *supra* note 5, at 1949.

して証拠を発見するために行われたものであるとすれば、当該後行手続について政府が権限を有していたかという *scope rule* の制限にかかり、当該証拠は排除されることとなるという⁷⁴。このように、同じ修正第4条の要求といっても、それが常に *scope rule* として働き証拠排除を引き起こすものではないということである。

第四に、令状の要求について、*Re* は、「修正第4条の問題として、令状の要求は政府の『合理的な』捜査権限の範囲を明示するものである。警察官は、彼らが少なくとも明示された場所を捜索することを正当化されているのだということの保障を得るために、公正で中立なマジストレイトからのガイダンスを得ているのである。相当な理由の存在についての政府の主張が、マジストレイトが令状を発付したことのみをもってより強固なものになるのではないことは当然のことだとしても、実際には、分別あるマジストレイトによって事前に審査をされた捜索は、熱心な警察官によってなされた捜索に比べて、より正当化される傾向にある。その意味では、令状を得ることは、相当な理由を示す新しい証拠のひとつを得るようなものである。」⁷⁵と述べて、令状の要求を「政府の捜査権限の範囲を画するという手続上の要求」⁷⁶であると解し、これを *scope rule* に含まれるものと結論している。

（2）善意の例外との関係

排除法則における最も重要な例外の一つとして、*Leon* 事件判決⁷⁷によって設けられた善意の例外がある。連邦最高裁は、排除法則の抑止効とそれによるコストとベネフィットの比較衡量の観点からこれを認めた。そこでは、公正で中立なマジストレイトによって発付された捜索令状を合理的に善意で信頼した捜査官が獲得した証拠の排除が否定されたが、その後、善意の例外は、捜査官が依拠した法が修正第4条違反であるとされた場合や⁷⁸、捜査官が依拠した令状に関する情報更新について捜査機関以外の過誤があった場合に適用範囲が拡大され⁷⁹、さらには、2009年の *Herring* 事件判決⁸⁰によって、捜査官が依拠した令状に関する情報更新について捜査機関自体による過誤があった場合にまで拡大されることとなった。そこではさら

74 *Id.*

75 *Id.*, at 1950.

76 *Id.*

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

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

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

80 555 U.S. 135.

に、排除法則がその抑止効によって正当化されるのは、捜査官の有責性 (culpability) が存在する場合であるとされ⁸¹、これによって、証拠排除適用は極めて制限されることとなったといえる。

このような現在の排除法則に対し、Re は、「憲法に反した手続によって得られた証拠は、たとえそれが善意のエラーによるものであった場合であっても、自由剥奪を正当化することはない。」⁸²ことを理由に、due process exclusionary rule に善意の例外は存在しないとする。そのため、Re の立場からは、連邦最高裁における一連の善意の例外適用が争われたケースでは、証拠排除を認めるかのように考えられる。

しかし、彼は、問題となった証拠獲得手段がそもそも不合理な捜索ではなかったとすることによって、これらのケースにおける連邦最高裁の結論に賛同する。彼は、警察官が匿名での情報を得て捜索を行った場合を例に挙げて、次のように説明する。すなわち、その情報が信頼できると考えられる場合には、捜査官は合理的にこれを信頼して行動する。たとえ最終的にはその情報が誤りであると判明したとしても、捜査官は修正第4条のルールに合理的に従ったということとなり、修正第4条の侵害には当たらない、と⁸³。そのため彼の立場からは、まず修正第4条侵害があったとして、その後、捜査官が善意であったかを問うという二段階の手法をとる必要はない。彼によれば、Herring 事件判決は、次のように検討すべきであったという。このケースには、執行されていない逮捕令状があるという誤った情報がコンピュータに登録されていたことと、この情報を善意で信頼した捜査官がそれに基づいて逮捕を行ったことの二つの誤りが存在していたが、Re は、修正第4条は不合理な捜索・押収を禁じているのみでデータ更新のミスについては言及していないことを理由として、問題となる捜査官の逮捕行為が修正第4条の禁止する不合理な捜索・押収に当たらないと結論するのである⁸⁴。

(3) 派生証拠の取扱い

連邦最高裁は、排除法則が適用される場合として、証拠獲得手段じたいが修正第4条を侵害した場合のほか、違法行為から証拠が派生的に得られた場合を認めている。いわゆる「毒樹の果実論 (the fruits of the poisonous tree doctrine)」と呼ばれる

81 *Id.*, at 143.

82 *Re, supra* note 5, at 1942.

83 *Id.*, at 1943.

84 *Id.*, at 1944.

この考えは、Frankfurter 判事が1939年の第二次 Nardone 事件判決において派生証拠を「毒樹の果実」と表現したことで知られるが、それ以前、連邦最高裁が修正第4条違反での証拠排除を認めて間もない1920年に、Silverthorne 事件判決⁸⁵において論じられており、古い歴史を持つ。しかし、それと同時に、毒樹の果実論には、「独立入手源（independent source）」、「稀釈化（attenuation）」、そして「不可避的発見（inevitable discovery）」の諸例外が認められてきた⁸⁶。

これらの例外則を適用するにあたって違法な捜査手段と当該証拠との間の因果関係に着目して検討してきた連邦最高裁に対し、Re は、次のように述べる。これまでの考え方では「排除法則のベネフィットがそのコストに勝るためには、…最初の憲法侵害と後の証拠発見との間に十分に強固な結びつきがなければならない。」⁸⁷とされてきたが、「due process exclusionary ruleはこの因果関係に基づく理由付けを拒否し、政府の適法な捜査権限の範囲に焦点を当てる。その結果、全ての前述の排除法則の『例外』は、同一の基本的構造を有することになる。すなわち、〔これまででは〕警察官には特定の証拠獲得のための修正第4条の権限がないように見えていたものが、〔この考えであれば〕警察官は実際には必要とされる捜査権限を有していたことが明らかになる、というものだ。したがって、最初から due process exclusionary ruleは適用されないこととなり、特別な『例外』が設けられる必要もないのである」⁸⁸。このようにして Re は、「例外」という複雑な構造を離れて、より簡潔で直接的な排除法則を論じることを提案する。

(a) 独立入手源の法理と不可避的発見の法理

独立入手源の法理は、排除法則の例外側として古くから存在し、1914年に Weeks 事件判決が排除法則の連邦での適用を認めてからわずか6年後の1920年の

85 Silverthorne Lumber Co. Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

86 なお、毒樹の果実論について、わが国では「違法に収集された証拠にその発見を負うところの第二次証拠を『毒樹の実』」（光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、1974）292頁）と一般的に説明されてきたのであり、毒樹を捜査機関の違法行為それ自体として扱うのではなかったが、本来はアメリカにおいて毒樹の果実は、第二次証拠だけではなく、違法な先行手続に引き続いて獲得された証拠も含むもの解されてきた。なお、わが国でもこのアメリカ法の理解に従って、「『毒樹』とは、本来、証拠を『毒する』『汚す』ことになる捜査機関の違法行為じたいを意味するはずだ」（高田昭正「先行手続の違法と証拠排除：『毒樹の果実』論と『違法の承継』論」立命館法学2012巻5・6号3478頁、3483頁）という指摘がされている。同じくこのような理解をするものとして、緑大介『刑事訴訟法入門』（日本評論社、2012）298頁。

87 Re, *supra* note 5, at 1953.

88 *Id.*

Silverthorne 事件判決⁸⁹において、連邦最高裁が認めたものである。違法な押収によって得られた知識自体を利用することは許されるという訴追側の主張に対し、連邦最高裁は、憲法の保障は物理的な所持のみならず禁じられた行為によって訴追側が入手する利益にも及び、証拠を許容することは「修正第4条を空文に帰す」⁹⁰のであり、「一定の方法による証拠収集を禁止する規定の本質は、単にその方法によっ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のみではなく、およそ用いられてはならないということである。」⁹¹と述べて派生証拠の証拠能力を否定した。法廷意見を執筆した Holmes 判事は、修正第4条がたとえ明言していなくとも、これによって禁じられた方法で得られた証拠の使用を禁止する内容を含むものとして理解していた。しかし、同時に、「もしもそれらについての知識が独立の源から得られたのであれば、他の事実と同じく証明されてよい。」⁹²として、独立入手源の法理を明言したのであった。

このように、独立入手源の法理が現実には他の適法な行為がなされていたことを要求する一方で、その後認められた不可避的発見の法理はこれを必要とせず、仮定的独立入手源の法理であるとも言われる。この不可避的発見の法理が確立されたのは、1984年の（第二次）Nix 事件判決⁹³でのことであった。

連邦最高裁は、排除法則が違法行為の果実にまで拡大されてきた理由は、警察官

89 このケースは、違法な捜索が行われた結果、書類が押収されてコピー等がとられた後に、書類原本が返還されたものの、それによって得られた知識を基にして正式起訴がなされた。被告人の Silverthorne 父子が罰則付召還令状による書類原本提出等に応じなかったため、法廷侮辱罪にあたとされ、事件は連邦最高裁に持ち込まれたというものであった。

90 *Silverthorne*, 251 U.S., at 392.

91 *Id.*

92 *Id.*

93 10歳の少女の誘拐事件で、弁護士からの助言によって警察署に出頭して逮捕された Williams は、ミランダ告知を受けた後、弁護士から電話で、別の警察署への身柄の移送の間は警察に対して一切事件について話をしてはならないという助言をされ、これを聞いていた警察官は移送中の質問をしないことに合意した。しかし、護送車の中で警察官は次のように話しかけた。「今夜は雪が積もりそうだ。女の子の死体の在処を知っているのは君だけだと思うが、雪が積もればきみにもわからなくなるだろう。ちょうどそのあたりを通るときに停車して遺体を見つけることができるだろう。クリスマス・イブに誘拐されて殺されてしまったあの小さな女の子のご両親が教会葬をしてあげられたらいいのに。答えてくれというのではない。ただそのことを考えてくれ。」と。結局、Williams は、遺体の埋められている場所に護送車がさしかかった時に、遺体のある場所へ案内することに同意した。それまで少女の衣服等が発見された地域でくまなく行われていた200人の大規模捜索は中止され、遺体は捜索隊が目前まで迫っていた場所で発見されることとなったが、護送車のなかで警察官が話しかけたことは違法であること、その結果得られた供述の果実であることを理由に遺体とその他関連する証拠の排除が申し立てられたのであった。

の違法捜査抑止のための必要性和、訴追側が違法行為のない場合に比べて有利な立場に置かれるべきではないことにあり、独立入手源の法理が認められたのは、独立の源がある場合にまで、違法行為がなければ置かれていた立場よりも不利な立場に訴追側を置くべきだとはいえないからだと言ひ、したがって、証拠が不可避免的に発見されていたであろうことを証拠の優越によって立証できるのであれば、証拠は許容されなければならないとして、たとえ違法行為によらずとも当該証拠が獲得されていたという点に目を向けた独立入手源の法理と密接な関係にある不可避免的発見の法理を認めた⁹⁴。これを前提として、本件の事実の下では、証拠発見手続とは別に行われていた捜査が200人規模のものであり、くまなく捜査をするよう指示が出ており、捜査中断がなければ数時間のうちには遺体発見現場まで到達して遺体を発見していたはずであるという証言もあることから、いずれにしても遺体が発見されていたことは明白であるとして、不可避免的発見の法理を適用したのであった⁹⁵。

なお、1988年の *Murry* 事件判決⁹⁶は、不可避免的発見の法理は、独立入手源の法理から推定され、「汚れた証拠が独立の源によって実際に発見されていたのであれば許容されるのであるから、それが不可避免的に発見されていたであろうというならば、それは許容されるべきである」とし、両法理の重なり合いを強調している⁹⁷。

さて、このように、両法理は、違法捜査と証拠発見との間の因果関係の有無を問うものであるが、この分析方法に対して *Re* は以下の「重大な問題」があると批判する。それは、第一に、証拠に必ず辿り着くかどうかを問うことは、捜査を手掛ける者の捜査能力如何に影響されて証拠排除の範囲を決定してしまうことになる。第二に、因果関係に着目すると、裁判所が違法収集証拠であると認めるためには、それが決して適法な手段では発見されることがなかったであろうという推定をすることが必要となってしまう。さらにこれを前提とすると、第三に、証拠排除を求める被告人は、当該証拠が適法な手段によっては決して暴かれ得なかったということを証明しなくてはならなくなるが、それは被告人にとっては大きな困難を伴う⁹⁸。*Re* は、実際に警察官が証拠を発見し得たかどうかではなく単に彼らが証拠発見の権限を有していたかを問う *due process exclusionary rule* は、このような問題を生じさせ

94 *Nix*, 467 U.S., at 441-445.

95 *Id.*, at 446-447.

96 *Murry v. United States*, 487 U.S. 533 (1988).

97 *Id.*, at 538-539.

98 *Re*, *supra* note 5, at 1956-1957.

ることがないという。それだけではなく、これまで批判の対象となっていた⁹⁹「いづれにせよ適法な方法によって証拠が獲得され得たと言えるかどうか」という途方もない問題の解決も回避できるという¹⁰⁰。具体的には、*Re*によれば、修正第6条侵害で被告人に案内させた結果、道端で証拠が発見されたという *Nix* 事件判決については、警察官が道端を見ることは、特別に何らかの理由も必要とせず、捜査機関の捜査権限の範囲内にあり、プライバシーの権利を侵害するようなものでもないという理由で修正第4条違反とはならない。また、プライベートな空間における場合には、警察官がその場所を捜索する権限を有しているかを問い、これが満たされていれば、*due process exclusionary rule* のもとでは証拠排除はされるべきではないことになる。たとえば、*Re* は、アパートの居室への違法な立入りの後に、それよりも前から請求していた（したがって違法な立入時に得た知識に基づいていない）捜索令状の発付を待って捜索を行った結果獲得された証拠について独立入手源の法理を適用した *Segura* 事件判決¹⁰¹について、「*due process* の観点からは、*Segura* 事件判決は非の打ち所のないものであった。訴追側の証拠は、令状の要求を含む全ての適切な修正第4条のルールに従って収集されたのである。」¹⁰²と説明する。違法に得た知識が利用されずに発付された令状に従ったということで、修正第4条侵害とはならないということであろう。

99 同じく、違法な手続と証拠発見との間の因果関係を問うことについて、批判するものとして、Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 Harv. L. Rev. 757, 793-794 (1994). ここでは、たとえば、容易に令状を得られるにもかかわらず捜査官が令状要求の例外にあたると考えて令状によらずに捜索をしたところ、後に裁判所によってこれが違法とされた場合には、その違法がなければ証拠が獲得され得なかったわけではなく、被告人のために利益をもたらすに過ぎないことになるという。ほかにも、違法行為がなければ証拠獲得があり得なかったかが問題となる様々な事情が考えられるが、これらは、メタフィジックな問題であるとされている。

100 *Re, supra* note 5, at 1957.

101 *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984). 被告人 *Segura* らについて、コカインの密売をしているという情報を得た捜査官らは、*Segura* らと接触をしてコカインを受け取った人物を逮捕した後、*Segura* らとコカインの売買を行っている旨の供述を得、*Segura* を逮捕して、許可も同意もなく居室内に入り、そこにいた他の4名を逮捕した。その際に室内に薬物を調査するための器具があることを確認したが、捜査官は、これとは別に捜索令状を請求中であったため、この発付を待って捜索を行った。その結果、捜索令状の執行によって初めて発見されたコカインや銃弾等の証拠の排除が *Segura* によって申し立てられたというケースである。連邦最高裁は、当該証拠は、当初の違法な立入りとは関連のない、独立の源をもつ令状によって獲得された証拠であるとして、独立入手源の法理を適用し証拠を許容した。法廷意見は、当初の立入りの際に得られた情報が、令状入手のためには用いられていなかったことに着目したのである。

102 *Re, supra* note 5, at 1958.

このようにして、Re は、政府が適切な捜査権限を有していたと認められる場合に獲得された証拠は排除されないという *scope rule* を適用することによって、これまでのような派生証拠の場合に先行する違法な手続との因果関係の有無を検討して「例外」を論じるという枠組みを用いることなく証拠能力の判断ができるとして、*due process exclusionary rule* の有用性を説くのである。

(b) 稀釈化の法理

違法手続とは別の手続の存在を問題とする独立入手源の法理と不可避的発見の法理とは異なり、稀釈化の法理は、何らかの介入事情によって違法＝「汚れ」が稀釈されたと認められる場合には証拠は排除されないという例外側であり、いわゆる第二次 *Nardone* 事件判決¹⁰³によって認められた。このケースでは、盗聴された電話の内容に基づいた有罪が、連邦通信法（*Communications act of 1934*, 47 U.S.C.）605条違反を理由として破棄された（第一次 *Nardone* 事件判決¹⁰⁴）後の新たな公判で、訴追側が、盗聴された電話の内容ではなく、その会話を利用して得た証言を証拠として提出したことが問題となった。連邦最高裁は、同法605条の適用範囲が盗聴によって傍受された言葉のみではなく盗聴の全ての派生的証拠に及ぶとして、盗聴された電話での会話を利用して得られた証言を許容しなかった。しかし、この具体的な判断とは別に、「複雑な議論を経て、違法な通信傍受により得られた情報が原因となって訴追側の立証に至ったと判明するかもしれない。しかしながら、良識の問題として、その汚れを除去し得るほどに、そのような因果関係が稀釈化したものになっていることもあり得る。」¹⁰⁵として稀釈化の法理について明言したのであった。

この例外についても、Re は、抑止効を根拠とすることの問題点を挙げる。彼は、抑止効を根拠とすると「汚れ」は警察官が証拠獲得を予見し得たということと結びつくので、警察官が証拠の発見を予見することなく違法捜査を行った（そして偶然にも証拠が得られた）場合には、証拠排除による違法捜査抑止は意味をもたないこととなるはずであるが¹⁰⁶、警察官が、証拠発見を予見せずとも、何の理由もなく住

103 *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

104 *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379 (1937).

105 *Nardone*, 308 U.S., at 341.

106 ここでは、違法を行った捜査官個人に対する抑止の観点から捜査官の主観面を考慮する連邦最高裁の考えに対して、Re は、一般的な抑止をするためには、たとえ捜査官が意図的に証拠収集について違法を行った場合でなくとも証拠排除が要求されるというのが抑止効の考えであるとして批判する。

居へ立ち入ることも抑止する必要性は存在すると指摘する¹⁰⁷。

そこで、その視点を抑止効から政府の捜査権限へと移し¹⁰⁸、最初の違法な手続の間に得られた情報が後の手続にとって必須のものとして働いたかを問うことによって、「汚れ」の有無を判断するという判断手法が用いられる¹⁰⁹。「修正第4条の下では、既に政府の手中にある情報に基づいた推測は、新しい捜索と新しい情報の獲得を正当化し得る。そのため、捜査の過程のなかで、政府が適法にアクセスすることのできる情報の総量は着実に増大する。公道での観察は、逮捕を実現させ、身柄拘束中の取調べの根拠となり、最終的には、裁判官にワイヤー・タップのための令状を発付させることになる停止行為を正当化する。この出来事の連鎖はそれぞれが明らかに因果関係を有する。しかし、それらはまた、法的にも関連しており、その各出来事は後に続く出来事の法的根拠を提供するのである」¹¹⁰。これとは反対に、手続の最初にある停止行為が修正第4条に反するものであった場合には、警察官は彼らの捜査権限を逸脱したところから捜査を開始し、その後の手続は更なる逸脱へと導くことになるため違法な停止の後の逮捕、取調べ、ワイヤー・タップは正当化されることはなく、結果として得られた情報は排除されなければならないことになるという¹¹¹。

このような考えを前提として、多くの証拠排除の問題を含んだ複雑な *Wong Sun* 事件判決¹¹²をみると、*due process exclusionary rule* による判断は、連邦最高裁の判断枠組みよりも明快にみえる。このケースは以下のようなものである。捜査官らは、H という男の供述に従い、ヘロイン売買を行っているという T のクリーニング店舗兼自宅に客を装って夜中に訪ね、捜査官であることを知り家の中へと逃げる T を、家族の眠るベッド・ルームへと追い詰め手錠をしたうえで、H にヘロインを売ったのが J という男であるとの供述を得た。次に、J の家に行き、寝室に立ち入り、ヘロインを提出させた。その後、両者からヘロインを持って来たのは *Sea Dog* と呼ばれる *Wong Sun* であるとの供述を得たことにより、T に *Wong Sun* の家を特定させて逮捕した。*Wong Sun* は、アレインメントの後に誓約 (*recognizance*) をして釈

107 *Re, supra* note 5, at 1954.

108 *Id.*

109 *Id.*, at 1955.

110 *Id.*, at 1954.

111 *Id.*, at 1955.

112 *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

放され、その後任意出頭して供述を行ったが、その調書に署名はなかった。問題は、① T の逮捕の適法性、② T の供述の許容性、③ J の提出したヘロインの許容性、④ Wong Sun の供述の許容性など多岐にわたるが、最高裁は、① T の逮捕の適法性について、単なるヘロインの購入者である者の供述にのみ基づいている点は相当な理由を欠き、T が自宅に逃げ込んだことで相当な理由が補強されることはないとし、これに引き続いた② T の供述については、修正第 4 条の保障が口頭による証拠にも適用されるものとした Silverman 事件判決¹¹³と Mc Ginnis 事件判決¹¹⁴に従って、違法逮捕の果実として証拠能力を否定するとした。このとき、政府側は T の供述には自由意思が介在していると主張したが、本件逮捕状況の下では最初の違法行為の汚れを除去し得るほど十分な自由意思によるものであったと認めることは不合理であるとしている¹¹⁵。③ J の提出した証拠については、政府側が T の協力なしには発見され得なかったことを認めていることから独立入手源の法理は適用されず、また、T の違法な逮捕を利用した結果獲得されたものであり、その汚れを除去するような事情も認められないとして証拠排除した¹¹⁶。さらに、④ Wong Sun の供述については、誓約の数日後に自ら出頭し供述したという事情によって、T に対する違法な逮捕とその後に獲得された供述によってもたらされた汚れは除去されたと判断し、証拠能力を肯定した¹¹⁷。連邦最高裁は、証拠獲得手段の先行手続が違法であることを前提に、それらが収集手続とどの程度の因果関係を有するかを検討した。その中で問題となったのは、供述における自由意思の存在と介在事情の存在の有無であった。

これに対し Re の見解によれば、「修正第 4 条乃至 6 条の下では、警察官は任意の暴露による証拠を収集するための権限を有しており、その任意の暴露がどのようにしてもたらされたかは関係がな」¹¹⁸く、④ Wong Sun の任意の供述は、警察官に与えられていた権限の範囲内の情報を明らかにしたに過ぎないことを理由として証拠能力が肯定され、② T の供述は、違法に立ち入ったなかで証拠を獲得したのと同様、警察官にはその供述を得るための権限が与えられていなかったことを理由として証

113 Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

114 Mc Ginnis v. United States, 227 F.2d 598 (1955).

115 *Won Sung*, 371 U.S., at 484-486.

116 *Id.*, at 487-488.

117 *Id.*, at 491.

118 *Re*, *supra* note 5, at 1955-1956.

拠能力が否定される¹¹⁹。ここでも、Re は、警察官が供述を得る権利を有していたかというたった1つの問をすることで解決できると主張し、彼と同様の結論に連邦最高裁が到達したとしても、抑止効と因果関係とを用いて判断する手法を用いた点を批判する¹²⁰。Re は、このようにして、収集手続が違法か適法かということのみで考える方法を探り、違法な手続が証拠獲得において必須な役割を果たしていなかった場合には、「汚れが稀釈された」のではなくそれ自体として「適法である」との判断をするのである。そのため、Re にとっては、稀釈化の法理も不要となる。

3. 検討

以上のような Re の *due process exclusionary rule* は、一見すると、これまでの排除法則における困難な問題を解決する非常に有用なルールであるように見える。Re は、これまでの排除法則で挙げられてきた根拠を否定し、修正第14条と第5条によるデュー・プロセスの観点から証拠排除を根拠づける。デュー・プロセスを理由として証拠排除を行う見解は、とりわけ奇抜なものとはいえないが、Re は、そのデュー・プロセス条項と共に証拠排除をもたらす修正第4条について *scope rule* と *manner rule* を設け、これまでとは異なった判断枠組みで証拠排除を検討しようと試みている。それによれば、デュー・プロセスを欠いたとして証拠排除がなされるのは、修正第4条のうち *scope rule* 違反の場合のみとされ、これは、直接その獲得手段が違反するときだけではなく、違法な先行手続の後に獲得された派生証拠の証拠能力の判断のときにも用いられる。そして、その際には、従来のような違法な先行手続と証拠獲得との間の因果関係の有無を問うことはなされない。そのため、Re の *due process exclusionary rule* は、毒樹の果実論における諸例外側や善意の例外を必要とせず、たった1つの判断方法のみによって、一律に証拠能力の問題の解決を図ることを可能にするかのようなものである。

ところが、このように明白かつ有用に思われるこの新しい排除法則にもいくつかの問題点が含まれると考えられるため、以下に指摘し、またこれらの点が、わが国の排除法則においてはどのように考えられるのかについて、若干の検討を加える。

119 *Id.*, at 1956.

120 *Id.*

（１）排除法則の法的根拠について

Re は、修正第４条の不合理な捜索・押収の禁止が刑事手続の一部として働くようになったのは、19世紀頃のことであるということや、その文言から、排除法則を導き得ないことを主張している。このことを既に主張している Akhil R. Amar もまた、「現代の連邦最高裁は修正第４条の本質を誤解しているだけでなく、修正第４条の救済についても曲解してきた。」と批判し、歴史的背景から見ると、修正第４条が侵害された場合やそれと類似した州憲法侵害の場合の救済は、民事上の解決によることが本来的であり¹²¹、「民事賠償での救済を想定している。刑事裁判からの証拠排除ではない。」¹²²と述べる。彼らの立場は、起草者が想定していた救済は何かという観点から論じるものである。

一方、このような立場に対して、修正条項の歴史的背景から排除法則を根拠づけることについて反対する論者も多い。たとえば、Tracey Maclin は、上の Amar のような見解に対して、「憲法解釈が、ある特定の歴史的実務が1789年には認められていたかどうかを確認するだけの単純な作業であるならば、連邦最高裁の椅子に座るのに適しているのは歴史学者であって、法律家はただ傍に立っていればよい。」¹²³と強く批判する。また、Potter Stewart は「実際の修正第４条の立法史は、それ自体の保障として意図された範囲についても、排除法則の起源と発展についても、ほとんど何も示さない。同条項に最も近い直系尊属は『不合理な捜索・押収』や一般令状を禁止する新しく創られた諸州の憲法の中にあるが、それらの歴史も手引きとなることはほぼない。立法の際の議論が違法収集証拠の排除の要求の有無については明確にすることもないし、批准に際しての議論も同じく沈黙しているのだ。」¹²⁴と述べ、歴史的な議論を排除法則に持ち込むことの無意味さを指摘している。かつて連邦最高裁は、「アメリカ合衆国憲法は、事実、イングランド人の末裔によってつくられた。彼らはイングランドの法と歴史についての伝統を継ぐ者たちである。しかし、それは、漠然と広がる未来のために、多様な国や民族を出身とする者たちのためにつくられたのである。マグナ・カルタには、全てのシステムと全ての世代のな

121 *Amar, supra* note99, at 786.

122 *Id.*, at 758.

123 Tracey Maclin, *When the Cure for the Fourth Amendment is Worse than the Disease*, 68 S. Cal. L. Rev. 1, 46 (1994).

124 Potter Stewart, *The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development, and Future of the Exclusionary Rule in Search and Seizure Cases*, 83 Colum. L. Rev. 1365, 1371 (1983).

かで最も良いアイデアを排除しなければならないとするような…ものは一切ない。」¹²⁵と述べている。このような連邦最高裁の考えは、その後のいわゆるデュー・プロセス革命などにもあらわれている。憲法の解釈は時代によって展開をみせ、決して固定的なものではなかった。そして、皮肉にもまた、Re自身が、修正第4条を捜査段階のみを射程範囲とすると主張しながら、修正第5条や6条が保障する歴史的な変化を肯定しているのである。また、歴史的な根拠づけのみに頼らない立場からは、かつて修正第4条が大部分で民事の領域で働いていたとしても、それが直ちに今日の刑事訴訟における証拠排除を否定することにはならないと批判することになる。修正第4条が時を経て刑事手続における捜索・押収の禁止をも含むように変化したのであれば、従来活用されていた賠償請求とは別に、その発展に沿って刑事手続における証拠排除が設けられることをことさら否定する理由はない。

さらに、たとえば、Reがdue process exclusionaryについて提案した同年に早速これを取り上げたAlbert Alschulerは¹²⁶、Reが修正第4条のみを根拠とすることを否定し、修正第5条と第14条のデュー・プロセス条項を根拠として証拠排除を論じる点について、修正第4条だけでなく、修正第5条も修正第14条も、民事と刑事の区別をしていないことや、財産の剥奪と自由の剥奪を区別していないことを指摘する¹²⁷。そのため、これらのデュー・プロセス条項が根拠となるのであれば、刑事と民事両方において等しく、実定法に従ったデュー・プロセスが要求されることになるはずであるが、Reはそのような説明をしていない。それどころか、Reは、このように民事と刑事において要求されるはずであるデュー・プロセスに根拠を求めながら、民事訴訟において違法収集証拠が許容されることを認めているため¹²⁸、矛盾を生じさせている。そのため、「修正第4条を含む実定法に従うことからデュー・プロセスが成り立つのであれば、〔刑事と民事の〕両種のケースにおいて修正第4条の尊重に差異がある理由を見出すことは難しい」¹²⁹。このように、Reの説明する歴史的変化は、彼自身の提案の根拠としては働き得ないし、また、従来の排除法則を否定する力も持たないといえる。

125 *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884).

126 Albert Alschuler, *Regarding Re's Revisionism: Notes on "The Due Process Exclusionary Rule"*, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 476 (2014).

127 *Id.*, at 309.

128 *Re supra* note 5, at 1939.

129 *Alschuler, supra* note 126, at 311.

では、わが国における排除法則の議論に Re のような歴史的変化という観点からの説明を採用することは可能であろうか。わが国の憲法は、31条以下40条までを割り刑事手続に関する基本原則を定めており、刑事訴訟法の法源としての役割を果たしている¹³⁰。とりわけ、憲法31条は、「何人も法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない。」とし、これ以下の規定の総則として刑事手続における適正手続を要請するものと解されてきた。「31条は、『その他の刑罰を科せられない』という文言からもわかるように、直接には刑事手続についての規定である。」¹³¹、「条文の位置からいっても、刑事手続に関する一群の規定の最初に置かれている。」¹³²とされている。現在では、憲法31条の保障は行政手続の場合にまで及ぶとされているが¹³³、伝統的には、これは刑事手続における適正手続の保障であると理解されてきたのである¹³⁴。わが国においては、民事・刑事両方において違法収集証拠を排除すべきかという問題は、別に検討することとなろう。民事訴訟における違法収集証拠の問題は、本稿では扱うことができない問題であるが、アメリカにおいて民事・刑事両方にデュー・プロセスを要求する文言であるのとは異なり、わが国においては刑事手続（と行政手続）に範囲が限定されるため、仮に排除法則が刑事訴訟にのみ適用されると結論したとしても、先に挙げた Alschuler による批判を免れることができる。

また、憲法35条についても「本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨である」¹³⁵として、本来は憲法35条が刑事手続との関係で住居等の不可侵を保障して

130 上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（成文堂、2015）5-6頁。

131 芦部信喜『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011）237頁。

132 沢田嘉貞「日本国憲法第31条について—所謂 due process of law と procedure established by law—」関西大学法学論集12巻2・3号211頁、349頁。

133 最高裁平成4年7月1日判決民集46巻5号437頁（成田新法事件判決）。昭和35年に施行された「新東京国際空港の安全確保に関する応急措置法」の合憲性が争われたケースにおいて、最高裁は「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、その全てが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。」と述べた。

134 このような理解に対して、憲法31条を、「司法・行政を通じての—すなわち、生命・自由・財産の剥奪ないし制限に直結する国家執行作用の全局面における—“公正手続”原則を宣明」したと解するものに、手島孝「公正手続条項（日本国憲法第31条）再論」九州大学法政研究51巻3号615-635頁、623頁。

135 最高裁昭和47年11月22日大法廷判決刑集26巻9号554頁（川崎民商事件判決）。なお、最高裁はこれに続いて「当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相

きたと解されてきた。Re は、修正第4条の保障から導く排除法則について、同修正条項が本来は刑事手続における保障ではなかったことを根拠として否定しているが、その修正第4条における問題はわが国においては生じない。そのため、わが国においては、Re の指摘したような、憲法35条が本来は刑事手続に関するものではなかったという歴史的背景によって排除法則が否定されることはない。

しかし、憲法35条はその文言において、搜索・押収に関する適法性の要件を設けるのみで、これに反した場合の証拠能力の問題には触れておらず、その点について言えば、修正第4条と同様の問題を抱えている。そのため、憲法35条のみを排除法則の法的根拠とする主張に対しては、修正第4条に対して言われているような、同条違反が証拠能力にもたらす影響について言及していないという批判が同じくあてはまることになろう¹³⁶。すなわち、その文言を厳格に捉え、憲法35条は違法な搜索・押収を禁止したのみで、これに反した場合の効果としての証拠能力の否定がそこからは直接的に導き得ない、というものである。

そのため、わが国においても、刑事手続の総則的存在である憲法31条の解釈による証拠排除を検討する余地があると考えられる¹³⁷。適正手続条項とも呼ばれる憲法31条は、アメリカにおけるデュー・プロセス条項をモデルとしたという理解が広く受け容れられている。しかし、その内容を比較すると、両者には違いがある。わが国の憲法31条が、生命や自由を刑罰として奪うことについて述べているのと比較すると、修正第5条は「何人も、適正な法の手続によらないで、生命、自由または財産を奪われることはない。」¹³⁸と、修正第14条は「いかなる州も適正な法の手続によ

当ではない。」とも述べており、憲法31条同様、35条も行政手続に適用されることを認めている。

136 自白の証拠排除について法が明言しているのは、任意性を欠いた自白が虚偽の内容の可能性があり、それによる誤判を避けるためであるとして、自白法則についての違法排除説を否定し、「何ら証拠物についてかかる規定が憲法上、刑訴法上設けられていないという事実は、まさに違法収集証拠物を違法性の故に排除し、その証拠能力を否定するという考え方を法がとっていないことを示すといえよう。」とするものとして、河上和雄『証拠法ノート(1) 搜索・差押 [改訂版]』(立花書房、1998) 295頁。

137 市川正人教授は、電話盗聴の問題で、憲法35条の対象は有体物に限定されると解し、盗聴は通信の秘密を保障する憲法21条2項後段の問題であることを前提として、たとえ「きわめて重要な政府目的を実現するために不可欠な場合」にあたり許容される場合があるにしても、「憲法31条の要請する『適正な手続』によってなされなければならないことはいうまでもない。」とし、憲法の諸規定違反とならない場合であってもなお、憲法31条が不適正な刑事手続を拒否する役割を担うものと解される。市川正人『ケースメソッド憲法 [第2版]』(日本評論社、2009) 188-189頁。

138 U.S. Const. amend. V .

らないで、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。」¹³⁹と定めており、これらは生命、自由、財産を奪うことを一般的に禁止している。「財産」という語の有無の問題については、文言の違いを重視して、わが国の憲法31条の対象には財産権は含まれていないと解する立場もあるが¹⁴⁰、最高裁の判断によって¹⁴¹、財産権の保障を含むという理解で落ち着いているようである¹⁴²。そのため、デュー・プロセス条項と憲法31条の保障の範囲は重なり合っている。

次に、デュー・プロセス条項に見られる「適正な」という文言が、憲法31条には存在しないという違いがあるため、憲法31条における「法の定める手続」の意味が問題となる。これについては、科刑手続が法定されていることのみを要求しているとする説、科刑手続を定めた法律の内容の適正さを要求しているとする説、科刑手続に加えて実体要件についての法定も要求されているという説、そして、科刑手続と実体要件の双方の法定とその内容の適正さが要求されているという説があり得るが¹⁴³、第四の説が通説的地位を占める¹⁴⁴。このようにして「法律の定める手続」という文言に、適正手続の要求を読み込むと、科刑は適正な手続によって達成されなければならないということが要求されているとされる。Re は、繰り返し、デュー・プロセス条項について、適正な手続による有罪を要求するものと説明し、これに反しての科刑は行われてはならないものと述べる。わが国の憲法31条にいう適正手続もまさにこれと同じことを要求する。そのため、Re がデュー・プロセス条項を根拠として証拠排除を論じたごとく、わが国においても排除法則の法的根拠を憲法31

139 U.S. Const. amend. X IV .

140 なお、このような違いについて、アメリカにおいてはデュー・プロセス条項が、手続面の適正さのみならず、社会経済立法が財産権侵害にあたるという実体法の限界をも定めたものであるという解釈から、連邦最高裁がこれらを違憲としたいわゆる実体的デュー・プロセスの考え方を採用したことで、「国民の選出によって誕生したのではない裁判官が、国民の名によって（憲法の名によって）、国民の選出した議会の判断を無効とする事態が発生」したことが批判された結果、ニューディール期を経て、司法の抑制的な立場を望ましいものとする時代が訪れ、また、「このことが、『財産』と『適正手続』を組み合わせることは、司法審査制の下ではいかに危険であるかという考えを、ニューディール期以前のアメリカ国民にもたらした」ため、わが国の憲法の起草に携わったアメリカの法律家たちが意図的に憲法31条に適正手続という文言を入れることを避け、財産権については手続条項と切り離して憲法29条を設けたとするものとして、釜田泰介「憲法31条に関する一考察」同志社法学57巻5号5-8頁。また、奥平康弘「手続的デュー・プロセス保障のもつ意味」法律時報65巻6号44頁参照。

141 最高裁昭和37年11月28日大法廷判決刑集16巻11号1593頁（第三者所有物没収事件）。

142 『新基本法コンメンタル：憲法』（日本評論社、2011）[南野森執筆] 256頁。

143 佐藤幸治『日本国憲法』（成文堂、2011）330-331頁。

144 内野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕』（日本評論社、2005）96-97頁。

条の適正手続の要求に求め得ると考えられる。このことは既に主張されている。すなわち、「訴訟においては、ただ実体的真実を発見しさえすればよいのではなく、公正な手続によってのみ、真実は発見されなければならない。」¹⁴⁵であり、その公正な手続は、公判の準備段階である捜査段階¹⁴⁶においても要求される。有罪立証のための証拠は、証拠裁判主義を採用するわが国の刑事裁判にとって欠くことのできないものであり、裁判の行方に決定的影響を与える。そのため、証拠収集手続は適正になされなければならない。適正な手続によって得られたのでない証拠は排除されなければならない。

憲法31条に排除法則の法的根拠を求める見解は、最高裁が排除法則の採用を明言する以前から、学説における排除法則に関する議論のなかで主張されてきた。アメリカ法の研究とともに、規範説、司法の廉潔性説、そして抑止効説が挙げられてきたが、後者二説が政策的根拠である一方、規範説は、憲法規範に内在する要請として排除法則を捉えてきた。そのうち適正手続の要求から排除法則を根拠づける説は、田宮裕博士のように「違法収集証拠を排除するのは、証拠排除という方法で、訴訟上の違法行為を排斥し防圧する、つまり手続における合法性（デュー・プロセスを中心とする）を維持する手段なのだ。」¹⁴⁷という説明であるとか、自白と証拠物の排除を統一的に捉え、これらの排除の法的根拠を憲法31条に求めるとしたうえ「憲法35条は違法な捜査・押収についてとくにこの点を保障したもの」¹⁴⁸という説明がある。しかし、田宮博士の見解は、結局は、排除法則の根拠が抑止効に解消できるとする点で¹⁴⁹、疑問が残る。なぜならば、抑止効は、将来の違法捜査抑止を目的とする点で、それが特定のケースにおける違法行為を行った当該捜査官個人への特別予防であれ、捜査機関全体として、将来において同じ違法をさせないという一般

145 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）239頁。

146 なお、捜査の基本的性格について、弾劾的捜査観によれば公判中心主義となり、捜査は訴追の準備のために行われるものと捉えられるが、訴訟的構造論に従えば、それ以外に、起訴・不起訴の決定という目的が強調されることとなる。この考え方は、検察官に捜査段階での客観的な判断を要求することとなるが、これは一方当事者としての地位にある検察官に期待することが困難なことともいえ、捜査はあくまでも公判のための準備活動と捉えるべきであることが指摘されている。後藤昭『捜査法の理論』（岩波書店、2001）253-356頁。

147 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、1971）307頁。

148 光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、1974）276頁。

149 田宮博士は、「排除法則をとる以上、抑止効は本質的要請だと思う。適正手続きという法的理由も、過去の侵犯の救済ではなく、将来の侵犯の予防という手観点から問題にせざるをえないので、結局抑止効のそれに解消されてしまうであろう。」とされる。田宮裕『刑事訴訟法の理論と現実』（岩波書店、2000）263頁。

予防のためであれ、その視点は捜査機関に向けられており、捜査機関の過ちという過去に対する制裁的意味合いを強くもつ。しかし、その点を強調すると、排除法則によらずとも違法捜査を行った捜査官個人に対する刑事訴追や懲罰、あるいは個人または捜査機関への損害賠償請求によって、その目的は達成されるという主張を許すこととなろう。しかし、憲法31条の要求する適正な手続というのは、捜査機関のみに求められるのではなく、適正な手続を経たと認められる場合にのみ、その先の科刑をすることを裁判所に要求するものではないのか。

このように適正手続条項を、裁判所への要求であるという点を強調すると、Reの見解とも異なった点を生じさせる。すなわち、Reは、適正手続条項を個人の有する保障であると解して、排除法則がそれを侵害された個人への救済策であると性格づけ、現在のアメリカにおける排除法則の申立適格の制限を説明するが、上述のように捉えた場合には、個人の救済だけの問題ではなく、申立適格を制限するという結論にはならない。また、Reは、排除法則が州にも適用されることについて、被告人に保障された適正手続を受ける権利として捉えることによって説明が可能であることを指摘しているが、わが国においては、アメリカとは事情が異なる。

そのため、わが国においては、排除法則を個人に対する救済策として捉えず、適正手続に反して得られた証拠を科刑手続において許容しないというより広い目的を有するものとして捉えることとなる。そうすると、これまで政策的根拠として述べられてきた、裁判所が違法に手を染めてはならないという司法の廉潔性は、より憲法31条を根拠とした排除法則と馴染むことになる。抑止効もまた政策的根拠の一つとして否定し得ないが、それは、証拠排除を行った場合に反射的に生じる効果として捉えられるべきであって、一次的にこれを目的としているとはいえない。抑止効を唯一の根拠として捉えた場合には、捜査官が善意の場合には証拠排除をしても意味がないこととなるが、以上のように解するとこれまでのように、捜査官の令状主義潜脱の意図を否定して証拠を許容することは困難になるであろう。

（2）Scope Rule と Manner Rule について

Reは、due process exclusionary ruleの適用を決するのは、当該違法捜査がmanner ruleとscope ruleのどちらが適用されるものであったかによると考え、scope ruleの範囲を超えたものについて証拠排除を要求する。ところが、manner ruleの侵害については、損害賠償による救済を認めてはいるが、このような違法捜査についての

刑事手続における対処を想定してはいない。そうすると、本来の将来の違法捜査の抑止から検討した場合には排除されるべきであった証拠を、*manner rule* の適用により許容することになるであろう。*Re* は、従来の排除法則における根拠論を採用しないので、この結論は当然のもののように思われるが、そうであるとしても、この区別には問題が残る。すなわち、これまで、排除法則の代替策としても主張されてきた損害賠償は、多くの問題を含んでいることから、権利侵害に対する有用な救済策としてさえも働き得ないのではないか。

その問題とは第一に、賠償請求が個人の捜査官に対してなされた場合、十分な賠償が得られるか否かは、当該違法捜査を行った捜査官個人の資力によるところが大きいということである。第二に、限定的免責 (*qualified immunity*) の存在がある。捜査官は、自身の違法行為が善意であったことを主張することで、賠償の責任から逃れることができ、またこの限定的免責が認められるための要件は緩和されてきているため、*manner rule* 違反の被害者にとって、この方法が有用であるかは疑わしい。第三に、政府を相手取った訴訟を提起する場合には一個人である違法捜査の被害者が訴訟を維持することには困難を伴うという問題もある。このように、補償を得ることの困難さから、*manner rule* 違反の場合には、その被害者にとって修正第4条の保障が有名無実化するおそれがある。

たしかに、これまで排除法則の問題であるとされてきた違法な捜索・押収の問題を、損害賠償の領域に移すことが、何らの恩恵も被告人に与えないというわけではない。証拠排除を申し立てた場合に危惧される争点の複雑化を回避できることは、被告人にとっても防御の範囲がより明確になり、また、迅速な裁判という要求にも資するというメリットがある。それだけではなく、証拠排除が有罪の者にとってしか利益をもたらさないといわれるのに対して、賠償請求は、刑事裁判における有罪無罪とは無関係に補償を受けることを可能にする。このような被告人にとってのメリットばかりでなく、仮に、修正第4条違反の被害者にとって、賠償請求が排除申立と比べて成功しやすいものとなった場合には、頻繁に違法が宣言されることで捜査官個人あるいは捜査機関に強いメッセージを送ることができ、長らく要求されてきた将来の違法捜査の抑止に働くことも想定できる。しかし、これらは、賠償請求がより成功したことを想定した場合に期待されるメリットであり、今日の賠償請求が上記のような問題を含んでいることを忘れてはならない。そして、さらに、*Re* のように *manner rule* の違反である場合に賠償請求が適用されると設定すると、

被告人は、当該修正第4条侵害が *manner rule* と *scope rule* のいずれに違反することになるのかの判断を迫られる。修正第4条違反を主張する刑事被告人にとっての一番の関心は、自分の有罪を証明する証拠を排除することであると考えられるので、この選択が容易ではない場合には、まず証拠排除を主張して争うこととなり、結局は賠償請求が活用されたとしても、争点の明確化にも迅速な裁判の促進にも大きな変化をもたらすことはできないのではないか。そればかりでなく、当該違法捜査が *manner rule* の違反であったとされて証拠排除が叶わなかった場合には、新たに賠償請求のための訴訟を提起することとなり、被告人は、更なる負担を負うこととなる。このような被告人にとってのデメリットのみでなく、捜査官および機関にとっても、賠償請求が頻発することを好意的に捉えることは困難であると考えられるし、職務執行への悪影響が想定されることは既に指摘されてきたとおりである¹⁵⁰。そのため、排除法則がこれまで担ってきた領域を賠償請求に預けることは、併用は別として、困難であると考えられる¹⁵¹。

次に、*Re* の *scope rule* は、これ反して得られた証拠についての証拠排除を要求する。そして、その *scope rule* とは、捜査官が適法に行い得る捜査権限の範囲を規律するものであるという。しかし、*Re* 自身が「*scope* ルールと *manner rule* は、いつでも明確に区別されるわけではない」¹⁵²と認めるとおり、この捜査権限が何によって画されるのかについては明確にされていない。更に、*Alschuler* が批判するとおり「*Re* は、*scope rule* と *manner rule* の区別がどこから生まれるものであるかについても、なぜそのような境界線を引くのかについても説明していない」¹⁵³。捜査権限の逸脱の場合と捜査方法の逸脱の場合とで、対象者の修正第4条の保障の侵害の程度に常に差があるというわけでもない。そのため、*manner rule* 違反の場合であれば、上記のような問題を抱えた救済で足りるということにもならない。修正第5条と修正第14条は、デュー・プロセスによらない生命、自由もしくは財産の剥奪を禁じると述べているだけなのであるから、修正第4条違反における、政府の捜査権限の適法な範囲の逸脱と政府がその中で行う捜査の適法な方法違反のいずれの場合にも証

150 See, Dallin H. Oaks, *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, 37 U. Chi. L. Rev. 665 (1970); Myron W. Orfield, Jr., Comment, *The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers*, 54 U. Chi. L. Rev. 1016 (1987).

151 なお、拙稿「排除法則の理論的根拠の再検討」筑波法政64号93頁参照。

152 *Re*, *supra* note 5, at 1949.

153 *Alschuler*, *supra* note 126, at 321.

抛排除が要求されると解する余地は十分にあると考えられるはずである。

この修正第4条をわが国において考えると、適正手続を定める憲法31条以下で、特に個別の手続について定めた各規定のうち、捜索・押収に関する憲法35条の問題となる。同条では、住居等に対する侵入、捜査及び押収は、憲法33条の場合を除いては令状によらなければならないことを定めているが、これは、単に捜査機関の捜査権限を規制するためのものであるだけでなく、財産権とプライバシー権という実体的な権利の保障を内容としているため、これらの権利が侵害された結果として得られた証拠は、排除されることとなろうが、現在、新たな捜査手法が登場していることから、今後、その範囲についてはより多くの検討が必要となるであろう。例えば、GPS機能を用いた位置情報取得（以下、GPS捜査とする）は、対象者の私的な領域にまで踏み込むことが容易に可能であるため、プライバシー権保護との関係で問題となる。記憶に新しい事案¹⁵⁴では、無令状のGPS捜査を検証にあたりと解して、違法な強制捜査であったことから証拠排除されている。また、憲法31条と刑事訴訟法違反の関係についても検討が必要となる。これについては、法律に違反し適正を欠くものと説明するものもあるが¹⁵⁵、より具体的に、「問題は憲法31条を根拠に刑事訴訟法違反はすべて憲法違反と断言するかどうかである。結局有罪判決に直接因果関係ありとみとめられるような規定に違反したばあいにだけ憲法違反となると解すべきであろう」¹⁵⁶と考えられるため、各手続について個別に検討してゆくほかないと考えられる。そうすると、これはあたかも具体的な事案において様々な事情を考慮するかのようであるが、そうではない。この考えは、わが国の最高裁が現在採用するような具体的な事件毎の事情を個別に検討してゆくという判断枠組みを用いるのではなく、類型的にどのような手続が有罪認定と直接的に結びつくと一般的に考えられるのかを抽象的に論じればよい。

(3) 排除法則における諸例外について

排除法則における問題の一つとして、捜査官の主観面を考慮に入れるべきかということがある。Reは、従来の排除法則における善意の例外は、due process

154 大阪地裁平成27年6月5日決定（LEX/DB 文献番号25540308）。

155 団藤重光「『法の適正な手続』および刑事訴訟法の法源—憲法31条と刑事訴訟法—」『法律実務講座刑事篇第1巻』（有斐閣、1953）35頁。

156 平場安治「上告審の機能」滝川幸辰編『刑事法講座第6巻』（有斐閣、1953）1312頁、注7。

exclusionary rule には存在しないと言う。そのかわりに彼は、捜査官が後に誤りであると判明する情報に依拠して行った捜査行為を、修正第4条違反でないとすることによって証拠排除を否定する。例えば、Herring 事件判決で問題となったデータ・ベース更新ミスについては不合理な搜索・押収を明示的に禁止した修正第4条の文言によっては禁止されていないため、当該情報に依拠した捜査官の行為に修正第4条違反はなかったと結論している。

しかし、仮に修正第4条が不合理な搜索・押収のみを禁じており、違法なデータ入力（搜索・押収に強い影響力を持つ）には全く関心をもたないものであると解して違法な行為を適法と考えるのは、早計ではなからうか。Re の修正第4条の解釈は、搜索・押収にあたった捜査官の行為のみを取り出す極めて狭いものであり、捜査手続を全体として論じることをしない点で疑問である。Herring 事件判決で政府が、証拠排除を争いつつも修正第4条侵害の存在については認めていたように、従来、一般的には問題となった搜索・押収に至った経緯までも含んで検討されてきた。Alschuler は、次のように言う。「もしも、修正第4条がデータ入力に関心を持たず、搜索を行った捜査官の修正第4条違反にのみ焦点を当てているとするならば、悪意のない捜査官に逮捕をさせようとして偽造した令状情報を入力した悪意ある捜査官は、自身で修正第4条を侵害してもおらず、悪意のない捜査官による修正条項侵害を生じさせてもいないことになる」¹⁵⁷。さらに、根拠のない搜索を適法にするために他の捜査官に根拠があると偽って搜索をさせることや、自身の修正第4条侵害を取り除くために他の者に搜索を実施させることを許容することとなり、それは、捜査官に自身の汚れを落とすための「洗濯桶」を与えることに繋がると批判する¹⁵⁸。そのため、「搜索の修正第4条侵害を決定するにあたっては、当該搜索を連携して生じさせるに至った行為を行った捜査官全ての捜査行為の適法性についても考慮することが必要なのである」¹⁵⁹。

ここでわが国における捜査官の主観面の扱いについて振り返ると、排除法則の適用の適否を論じる段階で、当該事件における具体的な事情を総合的に判断する際に警察官の主観面が重視されている。すなわち、これまで最高裁は、違法の重大性判断において警察官の令状主義潜脱の意図がないとして、警察官の主観面を証拠排除

157 Alschuler, *supra* note 122, at 318.

158 *Id.*, at 319.

159 *Id.*

否定のための要素としてきたほか、証拠排除を認めた前出平成15年2月14日判決¹⁶⁰では、証拠獲得に至る以前の段階にあった逮捕令状と捜査報告書への虚偽記載と、公判廷における警察官の虚偽証言の2点が警察官の法無視の態度を決定づけるものとして違法の重大性を肯定するに至った¹⁶¹。しかし、仮に憲法31条を根拠として排除法則を組み立て直した場合には、適正手続に従って科刑されるか否かの判断においては捜査官の主観面が影響を与えることはなく（少なくとも排除否定方向には働き得ず）、それゆえ善意の存在とは関係なくただ客観的に適法な手続がなされたか否かを問うとする Re の提案を受け容れることとなろう。

しかし、上記のように、当該捜索・押収に至った経緯を一切考慮しないことには疑問が残る。仮に、憲法31条による証拠排除を採用したとしても、それら経緯の検討をしない理由はない。そこでは、当該捜索・押収を直接行った警察官の主観面といった複雑で立証の困難な考慮をするのではなく、単に当該捜索・押収をもたらした先行手続や第三者の違法（例えば、他の警察官による誤情報）を検討することになる。なぜならば、排除法則は捜査官個人の違法捜査の抑止という特別予防のためではなく、捜査機関が違法捜査を行った結果を利用して有罪を認定することが許されないという考えに基づくものだからである。また、わが国では、捜査官の主観面は違法の重大性判断と結びついていると考えられるが、憲法31条による証拠排除は、適正手続を欠くと判断された場合には、証拠排除となるので、現在の最高裁のこのような「違法」と宣言しながらその「重大性」の程度によって結論が異なるというような結果は生じさせない。

捜索・押収に至った手続を全体として検討しない Re の考え方は、派生証拠の証拠能力に対する判断についても影響を与えている。すなわち、証拠獲得手段それじ

160 警察官が既に窃盗につき発付されている逮捕状を持たずに赴き逮捕した後、任意の採尿をした結果覚せい剤成分が検出されたことで、その尿の鑑定書を疎明資料として覚せい剤事犯についての捜索令状を得て、かねてより窃盗について発付されていた捜索令状と共に執行した結果、覚せい剤が発見され、当初の尿及びその鑑定書と、捜索の結果の覚せい剤について証拠排除が争われた。なお、警察官は、逮捕後に逮捕令状と捜査報告書に令状呈示のうえ逮捕した旨の虚偽記載をし、その後の公判でもそれと同様、虚偽の証言をしていた。

161 捜査過程における違法は重大ではないが、公判廷における法無視の態度が許されざるものとして、端的に将来の違法捜査のおそれから、これを抑止する必要があるとして排除相当性を導いたという解釈もあるが、文脈上疑問が残るものである。仮に、捜査後の事情である公判廷での虚偽証言から排除相当性が導かれるとすれば、捜査過程とは別の事情が証拠排除の適否判断において考慮されることになり、妥当ではない。

たいに修正第4条の禁止する不合理な搜索・押収が認められない場合には証拠排除が要求されないと Re が説明することである。たとえば、Re は、因果関係を用いて検討される独立入手源の法理あるいは不可避的発見の法理を否定して、他の手続との因果関係を問わずに、当該搜索・押収自体が捜査権限の範囲内にあるかを問う。そして、何の理由もなく道端を見ることは捜査権限の範囲内にあると考えることで、Nix 事件判決のような場合に、不可避的発見の法理を用いずとも解決が可能であるとされた。

これに対して Alschuler は、被疑者が、殺人についての取調べにおいて暴力によって、武器は川に捨てたことを供述させられたが、その川についての搜索は一切なされていなかったというような場合に、被疑者は自己負罪させられ且つ武器の発見場所の搜索もされてはいなかったにもかかわらず、Re の判断方法を用いると、川を覗くことはプライバシー侵害などを生じさせないので scope rule に反することなく、その結果発見された証拠の証拠能力が認められることとなってしまうと指摘する¹⁶²。この例に代表されるように、因果関係の検討を一切せずに、証拠排除を判断することは、物事を簡潔化しようとするあまりに、実際には必要であるはずの検討が行われなくなるという危険性を有している。さらに、Re 自身、捜査権限とは何を意味するかの定義づけも行っておらず、また、彼の排除法則を提案するにあたって重視していた歴史的沿革の中に、因果関係ではなく捜査権限の問題として解決すべきであることが示されたという説明もしていない¹⁶³。

素直に Re の提案を見ると、このことは奇妙のように思われる。なぜならば、Re は、デュー・プロセス条項は、法に従うことを要求し、憲法に反して得られた証拠による有罪は許されないとしたものであると説明しているにもかかわらず、due process exclusionary rule は、政府の適法な捜査権限の範囲を制限する scope rule に反しなければ証拠を許容すると述べている。しかしながら、Alschuler が指摘するところ、「彼の説明を合理的に読むと、『法』は全ての法（少なくとも全ての手続法）を意味しており、『憲法に反して得られた証拠』は全ての憲法に反して得られた証拠を意味していると推測されるだろう。そしてまた、デュー・プロセス条項に基づいた排除法則は現代の排除法則が要求するような因果関係の検討を必要とするもの

162 Alschuler, *supra* note 126, at 316.

163 *Id.*, at 314.

であるとも推測されるはずである」¹⁶⁴。

Re の画期的に思われる *manner/scope rule* を常に適用し、因果関係を考慮せず、また例外側を設けることもしない統一的な証拠排除の判断方法は、以上のような問題点が存在する。仮にわが国における排除法則を憲法31条から導き出した場合の排除基準の検討については本稿の射程ではないが、さしあたり、捜索・押収行為のみを取り出して証拠排除を検討することは適当ではなく、因果関係の観点から捜査過程における違法性を検討することが要求されるといえる。このように結論づけると、あたかも現在わが国が採用している排除法則と実際にはあまり違いがないかのようにみえるが、排除法則を憲法31条から導き出したことは形式としては絶対的排除となり、また、捜査官の主観面を排除の否定方向には考え得ないこととなるので、これまでの総合的な事情の考慮とは異なった結果を生むことになる。

4. おわりに

わが国の最高裁が排除法則を刑事訴訟法の解釈に委ねるとする一方で、学説においては、規範説は根強く、既に挙げた憲法31条から排除法則を導く見解のほか、「憲法31条ないし39条の中の1つとして憲法35条を見ると、これは「捜査機関が遵守すべき証拠収集手続の根本規範」なのであり、これに反して証拠獲得がなされた場合には、当該違法収集証拠を「刑事責任追及のために使用することを許さないのが憲法35条の趣旨」であると解する説¹⁶⁵などもある。そして規範説、司法の廉潔性説、抑止効説のいずれもが互いに排斥し合うものではないことから、これらを「三位一体」¹⁶⁶として総合的に捉えることも可能であると考えられてきた。実際に、規範説を採る論者が他の根拠を否定するわけではない¹⁶⁷。しかし、憲法31条を排除法則の根拠とした場合には、同条が要求する適正手続と政策的根拠が全て同列として扱

164 *Id.*, at 313.

165 上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（成文堂、2015）517-518頁。

166 三井誠「違法収集証拠の排除〔4〕」法学教室266号132頁。

167 たとえば、平野博士は「証拠収集に際して行われる違法行為は、捜査機関が訴追・処罰に熱心のあまり行われるのが通常であるから、その証拠を排除することによって、最も有効に、違法行為を防圧することができる。」（平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）239頁。）とされ、田宮博士は「これらの論拠は、双方ともそれぞれに意義をもつが、排除法則を予防法則と位置づける立場が主流をなす今日、やはり抑止効の有無が決定的な役割を果たすはずである。」（田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996）400頁。）とされた。

われるものではないことを確認しなければならない。わが国の最高裁は、憲法上に明文規定を欠くことを理由として、将来の違法捜査抑止の点に触れるなど「政策的な証拠法則」¹⁶⁸として排除法則を捉えているが¹⁶⁹、排除法則の根拠として政策的側面のみを強調することの結果は、アメリカの判例の展開から伺い知ることができる。

Reの提案する新たな排除法則は、暗い影に光りを当てるかにもえた。しかし、結果として、Reは、結論として連邦最高裁の結論を認めていることから排除法則の「危機的時代」の打開策を打ち出しているとは言い難く、排除基準については別個の課題として残っている。また、Reの見解は、当該被告人に保障された権利とその救済という観点からの議論であることに注意せねばならない。刑事手続においては、刑訴法1条が掲げるように、被疑者・被告人の権利保障と同時に、真実の発見が目的とされている。わが国の刑事手続によって求められる真実追求は適正な手続によってなされるべきものとして考えられる。そのような意味では、憲法31条のいう適正手続とは、被疑者・被告人の有する権利の保障を意味するばかりでなく、訴追は適正な手続によるものだけに限定され、さらに裁判所は、そのような適正な手続によってのみ真実を発見することができるという制限でもある。適正手続は、捜査機関への要求であるのみならず、裁判所に対してもまた要求されている。

（人文社会系助教）

168 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和53年度』〔岡次郎執筆〕400頁。

169 これに対し、田宮博士は、『『適正な手続』とくに『憲法35条』、『同31条』を援用して、これらにかんがみ排除法則をとるとしたことをみると、第一次的には、適正手続を根拠とし、これを実現するためにその当然の担保手段として排除法則を導き出したといえよう。もちろん、抑止効説にも立っている。』（田宮・前掲注167、402頁。）として、最高裁が規範的立場に立ったものと解された。