

違法収集証拠排除論の再考

—— 権利保護の観点から ——

小 浦 美 保

- 1 はじめに
- 2 違法収集証拠排除法則の根拠と権利保護モデルの問題点
 - (1) 違法収集証拠排除法則の根拠
 - (2) 権利保護モデルのありよう —— 証拠獲得過程の違法への反射効
 - (3) 権利保護モデルの特色と問題点
 - (4) 違法収集証拠排除法則における「違法」
 - (5) 権利保護の観点と、違法収集証拠排除法則に期待される役割
- 3 違法宣言装置としての違法収集証拠排除法則と「重大な違法」の基準
 - (1) 違法宣言装置としての役割
 - (2) 53年判決との関係
 - (3) 「重大な違法」の評価方法 —— 絶対的評価
- 4 おわりに

1 はじめに

最高裁判所が、昭和53年9月7日判決⁽¹⁾の中で違法収集証拠排除法則の採用を宣言し、その排除の基準を示して以降、そもそも証拠排除法則はいかなる根拠に立脚するものであるか、また最高裁の示した判断枠組みの持つ意味は何であるかという点について、様々な議論が示されてきた。そして、平成15年2月14日判決⁽²⁾の中で、最高裁判所としては初めて具体的事例における証拠の排除が実現され、下級審においては多数の証拠排除ないしそれによる

(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）。

無罪判決が示されてきている。

違法収集証拠の排除について、最高裁が示した内容は、「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」というものである。これを排除の基準と捉えて、前段と後段の二つに分けて論じるのが一般的であり、前段を排除の要件とし、後段を排除の根拠とする理解の他⁽³⁾、第一に令状主義の精神を没却するような重大の違法があること、第二に違法捜査抑制の見地から相当といえることの二つが、証拠排除の基準であるといった整理がなされてきた⁽⁴⁾。

この53年判決が示される以前から、わが国においても違法収集証拠排除法則の採用が学説によって主張されていたし⁽⁵⁾、下級審においてはこれに積極的な裁判例も見られた⁽⁶⁾。そのような中、わが国における違法収集証拠排除法則は、おおむね以下のような論拠に基づいて主張されてきた。すなわち、①司法の廉潔性の維持、②違法捜査の抑制、③適正手続の保障ないし権利の保護である⁽⁷⁾。また、これらの論拠に加えて、いかなる基準で証拠を排除すべきかという観点からは、絶対的排除を主張する見解と、相対的排除を主張する見解とが存在する。

53年判決が、その判示の中で「将来における違法な捜査の抑制の見地から

(3) 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年), 75頁以下。

(4) これらを並列的なものとみる見解として、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂, 1985年), 556頁他。これらを重疊的なものとみる見解として、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下)』513頁(有斐閣, 1998年), 530頁他。

(5) 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制」同『捜査と人権』(有斐閣, 1981年), 112頁他。

(6) 最高裁判所事務総局編『違法収集証拠に関する刑事裁判例集(非供述証拠関係)』(法曹会, 1981年)等参照。

(7) 井上・前掲注4, 403頁, 田宮裕『刑事訴訟法[新版]』(有斐閣, 1996年), 398頁以下等参照。

して相当」かどうかを判断することを明言しているため、わが国の違法収集証拠排除法則において、②違法捜査の抑制という観点が存在することに異論はない。しかし、その観点からのみ説明されるものと理解されるのか、他の観点も併存するものと理解されるのかは、なお議論の余地のあるところである。また53年判決やその後の判例・裁判例において検討された排除判断のための考慮要素が多面的であることから、わが国の違法収集証拠排除法則は排除に関わる様々な利益を考慮する相対的排除の立場を採り、とりわけ違法捜査の抑制という目的を掲げているという点で、政策的性格の強いものだと理解される⁽⁸⁾。そして、上記①ないし③の各論拠は相互に排他的とは理解されていないけれども⁽⁹⁾、①司法の廉潔性の維持および②違法捜査の抑制を違法収集証拠排除法則の根拠として説明する見解が少なくないように思われる。

他方で、③適正手続の保障や権利保護の観点は、絶対的排除に親和的であるとされる。仮に、いかなる程度の違法であっても、それを理由に証拠を排除するとすれば、証明力に問題のない証拠を排除することの影響の強大さを考えたとき、事案の真相解明という刑事手続のもう一つの目的との関係では、アンバランスな結果を生むことにつながりやすい。この意味で、少なくとも軽微な違法のみが問題となる場面においては、利益衡量の可能なシステムが求められるように思われる⁽¹⁰⁾。

ところで、違法収集証拠排除法則が①や②のような論拠に立脚するものであったとしても、そもそも、同法則は、権利保護のためにあらかじめ定められた手続法等への違反に目を向けるものであり、違法収集証拠の排除は、この違反を問題視するという否定的な反応のひとつである。手続法等への違反をそもそも問題視しないのであれば、違法捜査の抑制も廉潔性の維持も必要ないのだから、いずれに説による場合にも、適正手続の維持やその背後にあ

(8) 司法研修所編『違法収集証拠の証拠能力をめぐる諸問題——裁判例を中心として——』（法曹会，1988年），8頁。

(9) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣，2015年），497頁，緑大輔『刑事訴訟法入門〔第2版〕』（日本評論社，2017年），321頁等。

(10) 井上・前掲注4，404頁。

る権利保護の要請は共通するものといってよい。結局はその許容限度によって、立場が異なっているにすぎないと整理することもできる。換言すれば、①司法の廉潔性の維持や②違法捜査の抑制のみを根拠とする場合にも、その前提には適正手続の保障や権利保護の要求が、程度の差はあれ、当然に存在する、あるいは、そもそも違法収集証拠排除法則の発動は、これらの観点によってこそ基礎づけられるのだということになる。そうであるとすれば、本来的には、排除の根拠は違法が存在すること自体に求められるのであって、これに直接着目する③適正手続の保障ないし権利保護の観点からの検討にも、なお意義があるのではないだろうか。

本稿では、まず、適正手続の保障や権利保護の観点から、違法収集証拠排除法則との関係でいかなる意味をもつのか検討する。そして、違法収集証拠排除法則に期待される役割を整理したうえで、53年判決の基準をどのように理解すべきか検討を加えることとする。

2 違法収集証拠排除法則の根拠と権利保護モデルの問題点

(1) 違法収集証拠排除法則の根拠

違法収集証拠排除法則の根拠としては、従来さまざまな説明がなされてきたが、先に述べた通り、おおむね以下の3点に集約することができる。

①捜査機関が違法に獲得した証拠を裁判所が許容すると、裁判所が違法捜査を是認することになってしまい、国民の信頼を失ってしまうため、そのような証拠を排除とする、司法の廉潔性の維持の観点、②違法捜査によって獲得された証拠に対してはこれを排除することによって、将来における違法捜査の抑制を図るとする違法捜査の抑制の観点、③憲法や適正手続の保障に内在する要請から証拠が排除されるべきとする適正手続の保障の観点や、これに加えて、発生した利益侵害に対する救済の一場面として証拠を排除すべきとする権利の保護・救済の観点である。このうち、適正手続の保障を根拠とする理解にはさまざまなものがあり、それ自体議論の

あるところではあるが、ここでは他の利益との衡量を含まないものを想定して議論するため、権利保護の観点と統一して扱うことにしたい。

先に述べた通り、現在、違法収集証拠排除法則の根拠として中心的なものとなされているのは、①司法の廉潔性の維持や②違法捜査の抑制だとされている。ただ、これらの論拠も、証拠収集過程における違法に目を向けるものである以上は、適正手続の保障ないし権利侵害からの保護を旨とする手続法の遵守を前提とする理解であるといえる。そうであるならば、③適正手続の保障ないし権利保護の観点は、違法収集証拠排除法則とはそもそも切り離せない観点であるということになる。そうすると③適正手続の保障ないし権利保護の観点は、違法収集証拠排除法則の根拠とならないのではなく、むしろ前提のように思われるにもかかわらず、その意義がやや後退しているように見える。その理由は、違法収集証拠排除法則が他の利益との調整を必要とするものであるという事実上の要請があるからに他ならない。そうすると、すでに指摘されている通り、違法捜査の抑制や司法の廉潔性の維持といった「根拠」とされている内容の意味するものは、実際のところは排除の目的ないし調整の方法とみるべきではないだろうか。

換言すれば、違法収集証拠が問題となるのはなぜか（つまり、違法収集証拠排除法則の適用において前提となるのは何か）という意味では、それはほかならぬ違法が存在するからであり、何を排除すべきと考えるか（すなわち排除の目的）という意味で、調整原理を用いることも含めた様々な見解が「論拠」として示されてきたということになるのである⁽¹¹⁾。

ただし、違法収集証拠排除法則の根拠に関する従来の説明は、同法則の刑事司法における役割を説明するうえではむしろ正確なものともいえる。ここで問題としたいのは、根拠論そのものというよりも、違法収集証拠を問題視する同法則の「前提」には何があるのか、またその「前提」をどの

(11) 司法の廉潔性の維持や違法捜査の抑制を違法収集証拠排除法則の根拠とする議論は、「根拠」論ではなく「目的論」であるとする見解として、丸橋昌太郎「違法収集証拠排除法則の根拠論について——令状主義からのアプローチ——」法学新報123巻9=10号359頁（2017年）。

ように扱うことが適当であるのか、ということである。

(2) 権利保護モデルのありよう —— 証拠獲得過程の違法への反射効

違法収集証拠排除法則の理論的根拠は、以上のように整理される。このうち、適正手続の保障ないし権利保護の観点、すなわち、適正手続によって獲得されたものでなければ証拠として利用することを認めないという観点、さらには違法収集証拠を利用しないことによって被処分者の権利保護を図ろうとする観点は、違法収集証拠排除法則の前提要件ないし発動要件に関わるものということになる。仮に、より直截に、これらの観点を根拠に据えた排除法則を設計するとしたら、どのようなものになるだろうか。想定されるのは以下の2つになろう。

i) 権利保護の観点からのみ構築する場合（絶対的排除）

いかなる利益衡量も前提とせず、違法の存在、ひいては権利侵害の存在さえ肯定されれば、それ自体を理由に証拠を排除する。

ii) 権利保護の観点に、利益衡量の要素を加える場合（相対的排除）

権利保護の観点を中心に考えるが、対立利益、例えば真実発見の要請等をも考慮に入れ、利益衡量を図る。

これらのうち、iiは、権利保護の観点を根拠とする排除法則のありようとして、その存在意義自体に疑問のあるものとなるだろう。対立利益を考慮要素とする場合に、それが相当程度大きいものと想定するのであれば、結局は違法捜査の抑制や司法の廉潔性の維持を根拠とする見解に近接し、権利保護が果たされない場面が生じることになるだろう。また、上で述べた通り、そもそも違法捜査の抑制や司法の廉潔性の維持を根拠とする説も、ある特定の違法捜査に着目し、それへの対応を決定する方針としていかなるスケールを用いるかという評価の姿勢を表すものに他ならず、両説ともに、手続法の遵守への要請が根底にあることは変わらないのだから、手続法遵守を通じた権利保護という観点は、そもそも内在しているとみられる。そうであれば、違法捜査の抑制や司法の廉潔性の維持を主張する説との違

いは、ほとんどないともいっていいことになる。結局のところ、ii の場合には、「権利保護の方にウェイトを置くべき」というような、利益衡量の方向性としての意味だけが、わずかに残ることになるだろう。

このように考えるならば、権利保護のアプローチを端的に示す排除法則のありようというのは、i のようなものと考えられる。

i モデルのような考え方は、違法の程度が甚だしい場合にほとんど無条件で証拠排除されるということの説明として、示されることがある⁽¹²⁾。違法の程度ひいては権利侵害の程度が甚だしい場合、真実発見をはじめとする対立利益がかすむほどに問題の大きい捜査手法がとられたということになるから、利益衡量をするまでもなく排除されるのであり、53年判決の創出した違法収集証拠排除法則にこのことが含まれるかどうかは別としても、この点には、ほとんど異論のないものと思われる。問題は、違法の程度が上記ほどではないような場面である。i のような制度設計は果たして、批判に耐えうるものだろうか。

(3) 権利保護モデルの特色と問題点

ア 権利保護モデルの内容

権利保護のアプローチ⁽¹³⁾から示される排除法則は、証拠獲得過程に違法がある場合、当該証拠によって被疑者・被告人が不利益に扱われることはないという理解に基づくものとされる。すなわち、違法収集証拠を被疑者・被告人に不利な証拠として用いることを許さないものである。そのため、裁判所は、証拠を排除することによって、捜査段階において生じた権利侵害に起因する不利益から、被疑者・被告人を保護する。捜査機関・訴追側は、違法な証拠獲得活動のいわば代償として、証拠を使用することが叶わなくなるのである。

(12) 井上・前掲注4, 403頁。

(13) See, A J Ashworth, 'Excluding Evidence as Protecting Rights' (1977) Crim LR 723.

イ 問題点

証拠獲得過程の違法へのいわば反射効として理解されるこのアプローチは、基準として明快であるように見えるが、多くの問題点が指摘されている⁽¹⁴⁾。

第一に、証拠を排除することが、侵害された権利の救済には直結しないために、違法やそれに起因する権利侵害と、証拠排除という法的効果との間に、必ずしも論理的必然性がないということである。

第二に、保護されるべき「権利」というものをどのようなものと見たらよいのか、その幅が広すぎるということである。刑事手続上の権利のみならず、他の諸権利をも包含するということになれば、明快に見えた基準も、実は複雑なものだといえるだろう。

第三に、このアプローチは、被疑者・被告人の権利を証拠排除の判断の正面に据える上、その侵害に対する保護を第一の目的とするものだが、その特色ゆえに、他の考慮要素をさしはさむ余地がない。その結果、「堅い」証拠排除法則とならざるを得ない。このことは、証拠排除の判断の際に問題となる対立利益にも目を向ける論者からは、到底受け入れられない結果を生じさせることになる。

第四に、刑事手続は国民一般の利益でもあるにもかかわらず、被疑者・被告人個人の権利との関係でその趨勢が決されることは、全体の利益とのアンバランスを生む。その意味で、権利保護のアプローチは、保護すべき利益の対象が狭きに失するとの批判を受ける。

最後に、このアプローチによる違法収集証拠排除法則を前提とした場合、違法の認定の結果、上記のような問題をはらむ結果を生じさせてし

(14) See, K M Pitcher, 'Rights-Analysis in Addressing Pre-Trial Impropriety : An Obstacle to Fairness?' in John Jackson and Sarah Summers (eds), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings*, (Hart Publishing, 2018), 276-. See also K M Pitcher, *Judicial Responses to Pre-Trial Procedural Violations in International Criminal Proceedings*, (Springer, 2018), 185-.

井上・前掲注4, 366頁以下参照。

まうことから、そもそも、裁判所は違法の認定自体をためらってしまい、結果として、「違法」自体の幅が狭くなってしまのおそれがあるとの指摘がある。

ウ 権利保護のアプローチの意義・特色

以上のように、権利保護のアプローチのみに立脚する排除法則というのは、その理念は別としても、現実的な排除の場面を考えた時に、弊害が大きいものと受け止められている。そして、権利保護のアプローチは、それ自体否定されないまでも、他の論拠と並存することで排除法則を構築するとの理解が示されている⁽¹⁵⁾。

しかしながら、上述の問題点を見てみると、違法行為によって生じた権利侵害を問題とすること自体が批判されているわけではない。先に述べた通り、違法捜査の抑制や司法の廉潔性の維持を排除の目的に据える見解であっても、それらの目的を達成しなければならない元々の理由が何であるかといえ、証拠獲得過程に違法行為があったことである。権利保護のアプローチは、この違法行為を他の考慮要素に遮られることなく正面から評価できる点にこそ価値がある。

翻って考えてみると、現在理解されているところの違法収集証拠排除法則は、その政策的な目的を重視しすぎることで、かえって、そもそも問題とすべき手続の違法性への評価が偏ったものとなるおそれがあるように思われる。

(4) 違法収集証拠排除法則における「違法」

ところで、違法収集証拠排除法則は、いかなる論拠に立つ場合であっても、証拠獲得過程における違法に着目するものであるが、そもそもこの文

(15) 三井誠「違法収集証拠の排除 [4]」法教266号129頁(2002年)、132頁。田宮裕「違法収集証拠の排除法則——最高裁9・7判決が意味するもの——」Law School 3号39頁(1978年)、45頁は、「人権の侵害に対する救済という回顧的理由」と「将来の適正捜査の確保という展望的理由」との二つのうち、「結局前者の理由は後者に解消されることになる」とする。

脈における「違法」とは、どのようなものをいうか、整理しておきたい。

この点については、「違法判断の中心は、客観的・外形的な証拠収集方法の面にある。すなわち、保護手続、任意同行、留め置き、職務質問、それに伴う所持品検査、搜索等、態様に応じて要求される適法要件（法益侵害・法規逸脱の有無）を満たしているかが問われることになる」⁽¹⁶⁾と説明されている。違法収集証拠排除法則という違法として考えられるのは、その証拠収集方法が、客観的・外形的に、①憲法ないし訴訟法に違反するということの他、②実体法に違反すること、を指すことになる⁽¹⁷⁾。②実体法違反とは、ここでは、証拠収集手続において刑法等に反する行為が行われた場合を指す。例えば、搜索の執行時に暴行・脅迫が用いられた場合や、令状発付の疎明資料として、虚偽の内容の捜査報告書等が作成された場合（公文書偽造）等がこれに当たる。ただし、実体法違反があっても、処罰に向けた動きがなされることはまれであるし、令状のない搜索等では、住居侵入等の犯罪構成要件を満たす場合がありうるが、これは同時に訴訟法違反ともみることもできる。また、①憲法に直接反するような違法行為によって証拠が獲得された場合には、その程度は著しく、特に他と利益衡量等をするまでもなく証拠排除されることが期待される。結局、多くの場合に問題となるのは、訴訟法違反の場合だと思われる。

そもそも訴訟法は、基本的人権の保障を全うすべく、捜査に対して手続的規制を図っているのだから、訴訟法違反の背後には、直接・間接の差はあれども権利侵害があるといつてよい。例えば、そもそも正当な理由を欠く搜索は、手続法上明らかに違法であるが、その背後には住居等に関するプライバシーを直接侵害するという権利侵害があるといえる。他方、令状審査は経たものの何らかの瑕疵があるというような場合（例えば令状は問

(16) 三井誠「違法収集証拠の証拠能力」別ジュリ119号128頁（刑事訴訟法判例百選〔第6版〕（1992年）, 130頁。

(17) なお、このことは違法収集証拠排除法則自体が憲法の要請か否かという点とは関係がない。違法収集証拠排除法則が存在するとしううえで、違法とは何かという発動原因を議論しているに過ぎないからである。

題なく発付されたが、執行の場面においてその呈示がなされなかった場合等)には、上記のような権利侵害が直接あるいは実質的に発生するわけではない。しかし、その「形式」を求めた法の趣旨をさかのぼっていけば、権利保障の要請にたどり着く。したがって、違法収集証拠排除法則にいう違法とは、直接的には手続の誤り・手続遵守の失敗をいうが、多くの場合にその背後にあるのは権利侵害だといってよい。

(5) 権利保護の観点と、違法収集証拠排除法則に期待される役割

先に述べたように、権利保護の観点から違法収集証拠排除法則を構築することは、手続法への違反やそれによる権利侵害を正面から評価できる点では優れている。しかし、このことと証拠の排除とが直結する場合には、処分の違法性に比して排除という代償が大きすぎる場合があるうえに、将来的には、違法収集証拠排除法則が形骸化するおそれさえある。このことに鑑みると、権利保護の観点のみに立脚しない、利益衡量の仕組みを備えた排除法則の構成には、正当性があるように思われる。

権利保護という観点から、違法収集証拠の排除という場面において一步後退するようにみえるのは、対立利益もまた重要なものと受け止められているがゆえに、証拠排除という、手続を左右する決定的な結論との相性の悪さが生じてしまっていることによるものである。しかしながら、このような、理念と結果との乖離はあるとしても、権利保護の観点からは、手続における違法、ひいてはそれによる権利利益の侵害に対して、正面から司法的な判断がなされるという効果を導くことができ、それ自体への要請が否定されるわけではない。違法収集証拠排除法則が存在することで、被告人は直接的には違法に基づく証拠の排除を求め、その違法やそこでの権利利益の侵害について裁判所が明らかにしていくという手続が発生する。この流れにおいて、違法収集証拠排除法則が果たす役割は、まず違法の発見および宣言、そしてそれに続いて証拠排除の判断である。この二つの役割のうち、後者についてはうえで述べたような限界があるとしても、少なく

とも前者については、適正手続の保障や権利保護の要請が違法収集証拠排除法則の発動を基礎づける以上は、むしろ本来的な役割として実効性のあるものとされるべきではないか。以下では、違法収集証拠排除法則の違法宣言装置としての側面に着目し、これを権利保護の観点から考えてみたい。

3 違法宣言装置としての違法収集証拠排除法則と「重大な違法」の基準

(1) 違法宣言装置としての役割

違法収集証拠排除法則の適用過程において、違法を宣言する役割が果たされることは、これまでも指摘されてきた。裁判所は、違法宣言を通じて、捜査機関に対して守るべき行動準則を伝えることになる⁽¹⁸⁾。この点53年判決は、まず問題となっている手続の違法性を判断し、さらに証拠排除の検討を行うという2段階の判断構造をとっていると理解され⁽¹⁹⁾、その後の判例・裁判例もおおむね同様の判断方法をとっている⁽²⁰⁾ので、違法の宣言は、基本的にはこの第1段階に委ねられているということになる。違法か否かの評価と証拠排除の評価とを分断するこの判断方法は、違法の宣言をしやすくする効果をもつものとされている⁽²⁰⁾。

他方で、捜査機関に対する指導的役割という意味では、単に違法であることを宣言するよりも、どの程度違法であるかという点まで宣言する方が有効であるようにも思われる。裁判所の指導的な違法宣言は、捜査実務に影響を及ぼしている⁽²¹⁾とされており、将来における違法捜査抑制に役立つものと考えられる。もっとも、権利保護自体を違法収集証拠排除法則の中

(18) 三井・前掲注16, 131頁。

(19) 三井誠「違法収集証拠の排除 [1]」法学教室263号151頁(2002年), 152頁, 多田辰也「排除法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 [下巻]』(日本評論社, 2007年), 889頁。

(20) 井上・前掲注4, 420頁。

(21) 半田靖史「違法収集証拠の証拠排除と排除基準」法学セミナー727号108頁(2015年), 111頁以下。

心的な目的とみる立場を徹底するとすれば、違法を宣言するだけでは、権利の保護や回復にはつながらないため、あくまで違法収集証拠排除法則の適用場面における副産物とみることになるが、少なくとも、違法の宣言によって、後に、国家賠償や、職権濫用罪の告訴・告発につながる場合もある。他の手続による違法の顕在化も考えられるところではあるが、しばしば、違法捜査の抑制の観点を違法収集証拠排除法則の論拠として支持する立場の中にみられるように、当該証拠を使おうとしていた手続外での問題解決（刑事罰や懲戒等）は、一般に実現しにくく、また効果が低いとされている⁽²²⁾。このことは、証拠の排除を伴わない場合であっても同様であろう。それゆえ、証拠排除の結論が生じない場合であっても、その獲得のための手続が違法であること、さらにはその程度について、刑事手続の中で司法的判断が下されることには大きな意味があるといえる。

違法の宣言は、まず、個別事案についての事実認定を通じて、違法となる具体的処分が指摘される方法で行われる。そして、上記のような効果を考えた時、その違法処分について、非難の程度まで示されるべきと考える⁽²³⁾。証拠獲得過程における違法の宣言を、違法収集証拠排除法則が果たすべき本来の役割であると考えられる場合には、それはどのような手法でなされるべきであろうか。現状の違法の宣言では、問題も少なくないと思われるので、以下では、判例・裁判例の動向を踏まえつつ検討していく。

(2) 53年判決との関係

ア 53年判決の基準

すでに述べたように、53年判決で示された違法収集証拠排除の基準は、第1に重大な違法があること、第2に違法捜査抑制の見地から相当とい

(22) 井上・前掲注4, 379頁以下。

(23) ただし、この点については、現在の違法収集証拠排除法則の運用を前提とした場合、排除の結論が出る可能性の低い場合にも、捜査の違法性が逐一争点となるために審理への負担が大きくなるとの懸念も指摘されている（半田・前掲注21, 112頁）。

えることの2点である。この2点の関係性については、両方の要件を充足する必要があるとする重畳説の他、どちらか一方（とりわけ重大な違法の存在）が認められれば排除されるとする競合説がある。いずれの考え方に立ってみても、第1の基準と第2の基準は一応別のものと定義されていることになる。では、それぞれの内容はどのように説明されるのだろうか。

まず、第2の基準の意味するところは、文言からも比較的明瞭といえそうである。違法捜査の抑制が排除の根拠であるとする理解からはなおさら、文言に現れたままの意味だと理解していいだろう。すなわち、目的論的に、相対的な証拠排除を行う基準を示している部分だと読み取れるということである。

問題は、第1の基準である。53年判決は「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という表現を用いており、比較的高度な違法を要件として示していることは分かる。しかしながら、「重大な違法」とは、どのような評価基準によって判断されるべきものなのだろうか。

イ 判例・裁判例における「重大な違法」の問題

まず、判例や裁判例の立場を確認したい。多くの判例・裁判例において、「重大な違法」の評価にあたっては、違法行為の客観的側面（違法行為によって侵害された利益の性質、程度及び違法行為の法規からの逸脱の度合い）に加えて、主観的側面（違反者側の事情、例えば違法行為の組織性、計画性、反復性、意図性、優位性、悪意の有無等）および違法行為と証拠収集手続との関連性の3つの要素から判断されているとの指摘がある⁽²⁴⁾。そして、その中でも特に、捜査官の主観的側面が重視されているようにみえる⁽²⁵⁾。

(24) 石井一正『刑事実務証拠法〔第5版〕』（判例タイムズ社、2011年）、151頁。井上・前掲注4、404頁も参照。

(25) 判例のうち、重大な違法の判断にあたって、捜査官の主観的側面に触れているものとして、前掲53年判決（「同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではな [い]」）、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

先に述べた通り、「違法」というものが、手続法への違反ないしそこで保護を予定されている権利の侵害であるならば、違法が重大であるかどうかは、それらの重さで評価されるということになる。このとき、悪意で違反・侵害がなされようが、あるいは偶然にまたは不可避免的に違反・侵害がなされようが、適法手続からの乖離の程度も、侵害される権利・利益の程度も変わらないはずである。この意味では、「違法」の程度の評価において、捜査官の主観がどのようなものであったかという点は、本来は無関係な要素である。

以上のことからすると、そもそも判例や裁判例が前提としている違法収集証拠排除の基準としての「重大な違法」とは、手続遵守への失敗そのものでもなく、その裏返しとして侵害された権利・利益から評価できることでもないのだと思われる。そうすると、「重大な違法」という基準があらわすのは手続違反の状態に対する生のままの評価ではなく、特定の排除理論に基づいたときに表面化する、排除可能な状態を表す「記号」ということになる⁽²⁶⁾。

このように考えれば、違法捜査の抑制ないし司法の廉潔性の維持を論拠とする場合には、その論拠に見合ったものが「重大な違法」と評価されることになる。つまりすでに指摘されているように、「重大な違法」という要素は、それ自体が相対的評価の対象だということになる⁽²⁷⁾。そし

頁) (「被告人宅への立ち入りに際し警察官は当初から無断で入る意図はな [い]」)、最高裁昭和63年9月16日第二小法廷決定 (刑集42巻7号1051頁) (「警察官において令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえない」)、最高裁平成6年9月16日第三小法廷決定 (刑集48巻6号420頁) (「警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない」) 等がある。

(26) 多田・前掲注19, 896頁は、「我が国の判例の論理構造は、個々のケースごとにすべての事情を総合判断して、最終的に証拠を排除すべしとの結論に達した場合を『違法は重大』という言葉で締めくくっているにすぎないというべきなのかもしれない」とする。
 (27) 高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』(現代人文社, 2015年), 259頁は、捜査官の主観的要素を考慮して「重大な違法」要件を否定することについて「排除基準を不当に相対化する」ものとして批判する。白取祐司『刑事訴訟法 [第9版]』(日本評論社, 2017年), 394頁も、捜査官の主観的要素を考慮することに否定的な立場を採る。

て、上で挙げた捜査官の主観的側面は、これらの論拠に照らせば無視すべきでない要素であろうから、当然、「重大な違法」の判断に組み込まれることになるのである。

ウ 「重大な違法」の相対的評価の問題——基準の重複？

このような理解がありうるとしても、もともと、証拠排除の基準には二つのものがあり、またそれらは別々のことを意味しているとされている点で、問題がある。すなわち、ある特定の論拠に立った時に排除が相当であるかという側面が、すでに第1の基準たる「重大な違法」の内容に含まれることになるのである。第1の基準と第2の基準についての裁判例における評価では、第1の基準の認定に十分な紙幅を割く反面、第2の基準の認定においては「相当性もある」というついでのような判断が示されることが少なくないが⁽²⁸⁾、それはある意味当たり前だということになるのである⁽²⁹⁾。

しかしながら、第1の基準と第2の基準の意味するところがほとんど重複するものとしたら、これらの二つを分けた意味は何か、あるいは二つはそもそも可分なのだろうかという疑問が生じる。

この点、排除の論拠は複数併存しうるので、第1の基準と第2の基準のそれぞれに妥当する論拠があるとの整理もなされている。つまり、第2の基準については「違法捜査の抑制」の観点が明示されているためにこれに従うとして、第1の基準にはそれとは異なる論拠、すなわち廉潔

(28) このような傾向は、比較的早い段階から指摘されていた。53年判決以降の判例・裁判例について、慶徳榮喜「尿の提出及び押取手続は違法性を帯びるが尿についての鑑定書の証拠能力は否定されないとされた事例」別判タ10号167頁（1988年）、169頁は、「『将来における違法な捜査の抑制の見地』に至っては形式的に付記しているにすぎないとの印象を受ける程形骸化させている」と指摘し、三井・前掲注16、131頁も、排除相当性の判断について、「その実質はほとんどなく、いわば常套句・修飾語的に用いられているにすぎない（相当性の有無は、違法の重大性の有無判断で決せられている）」と指摘していた。

(29) 加藤俊治「違法逮捕中に取得された物の証拠能力」別判タ26号（警察基本判例・実務200）382頁（2010年）、384頁は、裁判例における証拠能力判断が「違法の重大性」を中心に行われているために、「違法の重大性」が認められるときには、特段の事情がない限り「排除相当性」も認められることになると指摘する。

性の維持を読み込むとの立場がみられる⁽³⁰⁾。このような理解に立つときは、二つの基準の重複という問題は解消する。ただし、このように解することはできるものの、相対的評価が第1の基準と第2の基準とにまたがっていることとの関係で、排除相当性の判断内容が明らかにされにくいという難点がある。

エ 「重大な違法」の相対的評価の問題——誤ったメッセージ？

先に述べた通り、判例・裁判例においては、「重大な違法」を証拠排除の目的に照らして相対的に評価するという手法がとられている。その結果、裁判所は、証拠排除を否定する場面において、①当該証拠収集手続は違法である、②しかし相対的にみれば重大な違法ではない、③よって排除しないというロジックを、判断において示すことになる。これによって、本来違法は「アウト」であるにもかかわらず、「セーフ」であったかのような誤ったメッセージに映らないだろうか。この点については、裁判所は、「重大な違法でないこと」の説明に注力しすぎる傾向があり、その警告の効果は弱まっているか⁽³¹⁾、かえって捜査機関を安堵させているのではなかと批判もある⁽³²⁾。

オ 53年判決の基準の整理——権利保護を前提とするモデルの構築

以上のように、「重大な違法」の評価において、相対的な評価手法がとられているがゆえに、違法宣言としては、問題の多い結果を生じさせている。それでは、53年判決の基準は、どのように整理されるべきであろうか。

(30) 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五三年九月七日の判決をめぐって——」ジュリ680号107頁(1978年)、109頁、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』(立花書房、2016年)、443頁等。

(31) 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕・第7巻』(青林書院、2012年)、503頁〔安廣文夫執筆〕は、違法を重大でないとして証拠能力を肯定した裁判例について、「これらの判決においては、違法が重大なものとはいえないとする説明にウェイトが置かれているため、捜査機関に対し二度とこのような違法を犯すことがないようにと戒める趣旨がぼやけてしまっていることが少なくない。抑止効を期待するのであれば、さらに工夫が必要と思われる」と指摘する。

(32) 中島洋樹「違法収集証拠排除法則の現状と展望」法律時報86巻4号107頁(2014年)、112頁。

まず、適正手続の保障と権利保護の観点から、違法の発見および宣言が違法収集証拠排除法則の本来的役割であるとする本稿の立場によれば、これらの役割は、排除法則に内在するものとして理解されることになる。そして、排除の目的論との関係では相対的排除を維持しつつも、問題となっている証拠の獲得過程における違法については、違法の実態について司法的判断に基づき宣言するため、絶対的評価に基づいてその程度を判断する必要があると考える。つまり、第1に「重大な違法」とは、適正手続の保障ないし権利保護の観点から絶対的評価に基づいて判断され、その判断内容は刑事手続の中で宣言されるとともに、証拠排除との関係では、排除の基準の一つとして機能することになる。そして、第2に「将来における違法捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる」という点は、証拠排除に関わる利益を衡量し、排除を判断するための相対的評価の基準とみることになる。

以下では、「重大な違法」の絶対的評価について、その評価方法の考察を試みたい。

(3) 「重大な違法」の評価方法——絶対的評価

そもそも、違法の「程度」の評価とは、いかなるものだろうか。

第1に、刑事手続における「違法」とは、法定の手続が遵守されなかったことを意味するとの理解に基づいて検討する方法がありうる。つまり、まず、「違法」とは、手続遵守の失敗であるとする。そうすると、「重大な違法」とは、失敗の幅、つまり適法手続からの乖離が大きいことを意味することになる⁽³³⁾。しかしながら、適法手続からの乖離の幅や大小を生のまま測定するというのは、本来は非常に難しいことのように思われる。たとえば令状なく有形力を用いた留置きがなされ、これが身体拘束に至ってい

(33) たとえば、63年判決（前掲注25）は、証拠収集手続における違法について、「法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえないこと」に言及し、結論として違法の重大性を否定している。

たような場面を想定してみると、①何ら身体拘束の理由がないのに留置きがなされた場合、②現行犯逮捕の要件が整っているにもかかわらず、その手続をしないまま留置きがなされた場合、③緊急逮捕のできる状況があったが、その手続をせず留置きがなされた場合、等が考えられる。①ないし③は、逮捕のための手続が欠如しているという客観的事実に基づけば、適法な手続からの乖離の度合いに差があるということとはできないはずであるにもかかわらず、その大小を評価できるかのような判断が示されている⁽³⁴⁾。

また、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という言葉には、違法の程度だけでなく、さらにその程度についての評価や違法の方向性も含まれているように思われる。そうすると、違法を手続からの失敗、重大な違法を失敗の幅が大きいことと単純に捉えることは、ここでは適していないようである。

第2に、刑事手続における「違法」とは、当該処分による権利侵害を意味するとの理解に基づいて検討する方法がありうる。ある処分によって侵害される権利・利益が先に想定されていて、それに対して手続的保障がなされているのだと考えると、第1で述べたような手続遵守の失敗は、権利侵害と裏腹ということになる。このとき、想定されている権利・利益にはさまざまな程度のものでありうるので、手続遵守の失敗の背後にある侵害された権利・利益を見れば、その失敗の程度、つまり違法の程度を観念することができる。ここでは、侵害された利益が判断の対象となり、他の適法な手続をとり得たといった事情は捨象される。また、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という言葉も、本来令状によってしか侵害されない権利・利益というものが想定できれば、これに応じて画定することが可能だろう。

このように、手続遵守への失敗という事象そのものを違法とみるアプロ

(34) この点、63年判決（前掲注25）は、「警察官において、法の執行方法の選択ないし捜査の手順を誤ったものにすぎ[ない]」ことを理由に、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえないとした。

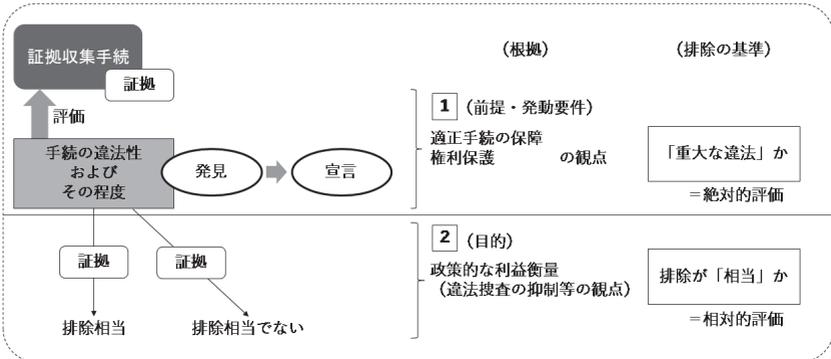
一と、当該処分によって発生した権利・利益の侵害の程度というフィルターを通して違法を見るアプローチとを比較すると、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という評価に合うアプローチは後者であるように思われる。

手続の違法・適法の評価は、必ずしも一つの切り口からのみ決まるものではないが、例えば違法捜査の抑制の見地というような価値判断を入れないかたちで、違法の程度そのものを見ようと試みる場合には、これに見合う尺度が必要となる。権利の保護という観点からは、その尺度の一つとなると

(従来)



(権利保護を前提とするモデル)



思われる⁽³⁵⁾。

4 おわりに

以上、違法収集証拠排除法則について、様々な利益との権衡を考慮して証拠を排除する制度設計（司法の廉潔性の維持や違法捜査の抑制を根拠とする理解）をふまえて、その前提には何があるのか、またその前提との関係で、違法収集証拠排除の基準をどのようにみることができるのかを検討してきた。

違法収集証拠排除法則の発動が、常に、適正手続の保障や権利保護の観点から基礎づけられているのだとすれば、違法収集証拠排除法則には、まずはこれらの観点に基づいて、違法な捜査手続を発見し、それを宣言するという本来的な役割があるとみることができ、その成果として、証拠が排除されるものと整理できる。そして、このとき、違法の発見および宣言は、これ自体利益衡量を必要とするものではないので、違法に対する絶対的評価に基づいて行われるべきことになる。また、違法の発見および宣言は、その手法および実質的な効果という点で、現状より充実したものとなることが望ましいことから、違法収集証拠排除法則に内在する役割と理解されるべきである。

以上のような前提のもと、違法の発見や宣言を違法収集証拠排除法則に入れ込んだかたちで53年判決の示した基準を整理するならば、①「令状主義の精神を没却するような重大な違法」とは、利益衡量の要素を入れない、違法ないし権利侵害の実質が明らかとなるものでなければならない（絶対的評価）。これを以て、違法の宣言がなされると同時に、「重大な違法」が存在するという証拠排除の要件の一つが示されることになる。そして、②「将来に

(35) 金築誠志「違法だが証拠能力がある例(2)」別判タ10号164頁（1988年）は、「重大な違法」の評価について、「適法な手続を執ろうと思えば、執ることができるだけの条件が整っていたという場合は、単純な形式的違法とはいえないけれども、そのような条件がない場合に比べて、実質的な権利侵害が少ない分だけ違法の重大性の程度が低くな[る]」（傍点引用者）と述べ、重大な違法の評価において権利侵害の大小が評価の指針の一つになるとの認識を示しているように読める。また、多田・前掲注19、898頁は、「『違法の重大性』判断に際しては、原則として違法の程度に関する客観的側面を重視すべき」とする。

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」という点は、証拠排除に関わる利益を衡量し、証拠の排除を判断するための基準とみることになる（相対的評価）。

以上のような整理に基づく違法収集証拠排除法則によれば、証拠獲得手続の違法の実質をその程度も含めて宣言することができ、証拠の排除がなされない場合であっても、当該捜査の問題性を周知する役割を果たすことができる。また、「違法ではあるが重大違法ではない」といった従来のミスリーディングな判示を回避できるとともに、裁判所、そして捜査機関は、手続の違法に正面から向き合うことが求められる。そして、現状よりも緻密な排除相当性判断を必要とするものになるため、証拠排除判断過程の顕在化もまた期待できるものと思われる。

【追記】

本研究は、JSPS 科研費（若手研究(B)17K13633）の助成を受けたものである。

本稿の執筆にあたり、刑事司法研究会（2018年12月9日）において報告の機会をいただき、多大なる貴重なご教示を賜った。