

違法な先行行為および令状請求の疎明資料への虚偽記載を経て獲得された尿の鑑定書の証拠能力が否定された事例

【文献種別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 令和1年7月16日
【事件番号】 平成30年（う）第1849号
【事件名】 覚せい剤取締法違反被告事件
【裁判結果】 原判決破棄、無罪
【参照法令】 刑事訴訟法197条1項・218条、刑事訴訟規則156条等
【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25563320

事実の概要

警察官らは、平成29年11月12日午前2時20分頃、パトカーで警ら中、公道上で後部ナンバー灯の左側が滅灯している自動車を発見し、停止させ、乗車していた被告人に対して交通違反の嫌疑で職務質問を開始した。無線照会の結果、被告人の薬物犯罪歴が判明したため、薬物犯罪の嫌疑を抱き、被告人の同意の上、同自動車内の検索及び被告人の所持品検査を行ったが、薬物等は発見されなかった。

その後警察官らは、被告人の身体検査を実施したが、その際警察官が被告人の承諾なく陰部付近を触ったことから、被告人は大声を出して怒った。この態度に、被告人が陰部付近に違法薬物を隠匿しているのではないかと疑いを深めた警察官がさらに追及したところ、被告人は、「分かった。ちょっとだけだぞ。」などと言って、ズボンとパンツを膝まで下し、警察官らが数秒間それを見たのちに、被告人はズボンとパンツを上げた。

被告人が帰宅後の同日午前10時頃、警察官らは、被疑事実を覚せい剤の所持及び使用とする被告人の着衣及び所持品の搜索差押許可状、両腕の身体検査令状及び強制採尿令状を請求し、午後0時頃これら令状が発付されたが、当該令状請求にあたり提示された疎明資料には、①被告人には覚せい剤の犯罪歴6件があり、表情・行動等に薬物乱用者の特徴が認められること、②被告人は所持品検査に応じていたものの、ズボンの腰回りを検査しようとしたところ、「令状を持ってこい。」などと大声で怒鳴るなどの言動があったこと、③被告人に両腕をまくって見せるよう求めたところ、

それを拒絶したこと、④過去の覚せい剤使用被疑事件の際に、被告人は左腕のひじ内側の血管に注射して使用していたこと、等が記載されていた。なお、原審公判においても、警察官らは事実経過につき、疎明資料と同旨の証言を行っている。

同月15日午後4時57分頃、被告人方において強制採尿令状が呈示され、採尿場所の病院まで同行後、被告人の同意があったため任意採尿が行われた。当該尿の鑑定の結果、覚せい剤成分が検出され、本件鑑定書が作成された。

原審は、警察官が被告人の陰部を触った点、これをきっかけに被告人が任意の協力を拒否する態度になった点を認定したが、ベルトを外してズボンとパンツを下ろすような形での陰部露出があったとは認定できないとした上で、令状請求の疎明資料の記載は、実際と意味合いが相当に異なる部分があり、被告人が陰部を出そうとした事実もベルト付近の覚せい剤所持の嫌疑の程度に影響するから、この記載がないのも不自然であるとしながらも、被告人が突然令状がなければ応じられないと態度を変えたことに変わりはなく、いずれにしても覚せい剤所持の嫌疑自体は認められ、警察官において覚せい剤所持の嫌疑が解消したと認識しながら、あえてその嫌疑があるかのような記載をしたとまではいえないことから、令状請求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るとはいえないとして、本件鑑定書の証拠能力を肯定した。被告人側控訴。

判決の要旨

警察官が着衣の上から被告人の陰部付近を触っ

たことの適法性について、「着衣の上からとはいえ、被疑者に何ら断ることなく陰部付近を触るという行為は、個人のプライバシーに対する配慮を欠いた不適切なもので、実質的に無令状で被告人の身体に対する捜索を実施するに等しいものである」。「パトカーの中や警察署に移動するなどして、更に陰部付近の所持品検査を続行するといったことが十分に可能であり、他方、この時点で、上記のような態様で所持品検査を行うことが必要とされるような差し迫った状況は認められない。したがって、……警察官が着衣の上から被告人の陰部付近を触った行為は、職務質問に付随する所持品検査として許容される範囲を超えた違法なものであるといわざるを得ない」。

被告人が公道上で陰部を露出するに至った経緯の適法性について、「他に採り得る手段があり、特段の緊急性が認められないにもかかわらず、公道においてパンツを脱ぐように求めた同警察官の言動は、被告人のプライバシーや羞恥心に対する配慮を著しく欠いたものであり、その結果、実際に被告人が公道上でパンツを下げて陰部を露出するに至ったことを踏まえると、同警察官が有形力を行使したわけではないものの、その言動は違法であるとの評価を免れない」。

本件令状請求の疎明資料の記載の適法性について、「警察官は、……手続的な違法を糊塗するため、本件令状請求の疎明資料に、これらの事実をありのままに記載することなく、むしろ令状審査を行う裁判官の判断を誤らせる記載をしたというべきであって、本件令状請求の疎明資料の記載も違法であるとの評価を免れない」。

本件鑑定書の証拠能力について、違法捜査を行った上、「手続的な違法を糊塗するために、本件令状請求の疎明資料に、令状審査を行う裁判官をして令状請求の根拠となる覚せい剤の隠匿の嫌疑に関する事実を誤解させる記載をして裁判所に提出したものであるから、このような一連の捜査の過程は、違法に違法を重ねるものであって、令状主義の精神を没却する重大な違法があるといわざるを得ない」。「本件の一連の捜査過程の違法は、覚せい剤の所持の嫌疑に係るものではあるが、本件令状請求が、覚せい剤の所持のみならず使用についても同じ疎明資料を用いて行われており、両者が相互に密接に関係することからすれば、本件鑑定書は、重大な違法がある上記一連の捜査手続

と密接な関連を有するものとして、一連の違法な手続の影響を免れないというべきである。また、警察官らは、上記のとおり、本件令状請求において、記載すべき事実を殊更に記載せずに、不正確な事実を記載したばかりか、原審公判でも、これと同旨の証言を行ったのであり、これら一連の経過は、警察官らが手続的な違法を糊塗しようとするものであって、本件鑑定書を証拠として許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からしても相当でないといわざるを得ない」。

判例の解説

一 本判決の内容

本判決は、警察官が被告人の陰部付近を着衣の上から触った行為〔違法行為①〕、公道上で被告人に陰部を露出させた行為〔違法行為②〕、これらの違法を糊塗するため令状請求の疎明資料に令状裁判官の判断を誤らせる記載をした行為〔違法行為③〕はいずれも違法であり、このような一連の捜査過程には令状主義の精神を没却する重大な違法があるとし、これら違法な捜査と密接に関連する本件鑑定書もその影響を免れず、また、疎明資料への不正確な事実記載や原審公判での疎明資料と同旨の証言を考慮すると違法捜査抑制の見地から鑑定書を許容することは相当でないとして、原審判断¹⁾を覆し、鑑定書の証拠能力を否定したものである²⁾。

二 先行行為の違法と証拠排除に対する理解

鑑定書の証拠能力を否定に導いた最終的な判断枠組みは、すでに判例上確立した排除法則、すなわち重大な違法、排除相当性を基準とした証拠排除を踏襲したもののみとみることができる³⁾が、本件では、証拠能力を否定された鑑定書（ないしは鑑定書に係る被告人の尿）を獲得するための直接の手段である採尿手続そのものには違法な点がないため、先行行為の違法が後の行為によって得られた証拠の許容性にどのように影響するのかが問題となる。

この点については、違法性の承継論、毒樹の果実論という形で学説上争われており、判例上もなお一致した見解をみないという現状にある。従来、先行行為により獲得された第1次証拠の有無によって、両理論を使い分けるのが一般的であった

ように思われる。違法性の承継論は、先行行為が違法であった場合に、その違法性が直接の証拠収集手続である後行為に承継され、この直接の証拠収集手続自体が違法性を帯びることとなり証拠排除が問題となるという理論である。他方、毒樹の果実論は、違法な先行行為により収集された第1次証拠から派生して獲得された第2次（以上の）証拠の証拠能力について、先行行為の違法性の程度、両証拠間の関連性の程度等を考慮して排除の有無を決するとする見解とされていた。

もっとも、両理論がこのように第1次証拠の有無によって截然と分けられるかについては、疑問視する見解も有力であり、判例上も判然としないうものも多く、とりわけ第1次証拠が存在する場合であっても、毒樹の果実論に依拠するのではなく、實際上違法性の承継論に即して検討する裁判例が圧倒的に多数であるとの分析もなされているところである⁴⁾。

このように、近時両理論の区別は相対化しているように思われ、むしろ端的に違法手続と収集証拠との間の因果性ないし関連性の問題として統一的理解すべきとする見解が有力となっている⁵⁾。

三 疎明資料への虚偽記載

本件が特徴的なのは、先行する〔違法行為①〕〔違法行為②〕のみならず、令状請求の際の疎明資料の不正確な事実記載〔違法行為③〕も違法であるとしている点である。〔違法行為①〕〔違法行為②〕で得られた情報を基になされているという意味では、〔違法行為③〕は、〔違法行為①〕〔違法行為②〕に対する後行為ともいえる。〔違法行為③〕は、先行行為たる〔違法行為①〕〔違法行為②〕の違法性を糊塗するためになされていると認定されており、両者の関係から考えると、先行行為の違法性が後行為に承継されていると考えることが可能である。と同時に〔違法行為③〕の疎明資料への事実記載は虚偽ないし不正確なものであるとされている以上、この不適切な記載をしたこと自体、違法な行為と考えられる。

1 近時の裁判例

近時の裁判例において、疎明資料への虚偽ないし不正確な事実記載が問題とされたものとして、いずれも薬物関係事案であるが、①強制採尿令状請求の疎明資料となった捜査報告書に、強度の失

力行使による警察署への連行であったにもかかわらず、被告人が任意同行に応じた旨記載されたもの⁶⁾、②強制採尿令状請求の疎明資料となった捜査報告書に、違法な身体検査の結果、被告人の腕に注射痕がないことが確認されたにもかかわらず、これを殊更隠して記載しなかったもの⁷⁾、③強制採尿令状請求の疎明資料となった取扱状況報告書等に、現場での長時間の留置きの違法性を糊塗するために職務質問の開始時刻について虚偽の記載をしたもの⁸⁾、④強制採尿令状請求の疎明資料となった取扱状況説明書に、違法な所持品検査によって提出された容器・注射器等をあたかも被告人が自発的に提出したかのように記載したものの⁹⁾、⑤弁護人依頼権の侵害を含む違法な留置きに加え、強制採尿令状請求の疎明資料に、被告人の発言内容や態度について虚偽の記載をしたもの¹⁰⁾、⑥強制採尿令状請求の疎明資料となった捜査報告書に、被告人の犯罪歴照会をした日を偽るなど、覚せい剤使用の嫌疑を深めていった経緯について虚偽の記載をしたもの¹¹⁾、⑦被告人宅の搜索差押許可状請求の疎明資料となった同居人の供述書に、捜査官が提案した虚偽の内容を付け加えて、あたかも同居人が供述したかのようにしたもの¹²⁾、⑧強制採尿令状請求の疎明資料となった捜査報告書等に、被告人の身体的特徴、態度、発言や、捜査の経緯についてその事実の存在が疑われる記載、または明らかな虚偽記載があったもの¹³⁾、⑨強制採尿令状請求の疎明資料となった捜査報告書に、被告人の身体的特徴について意図的に事実と異なる記載をしたもの¹⁴⁾、等がみられる。

2 裁判例の整理と本件の位置づけ

疎明資料の虚偽記載について、裁判所は全般的に厳しい態度をとっているように思われるが、それは疎明資料の内容が適正な令状審査の根幹となるものであり、ここに虚偽内容が含まれると、「令状主義の根幹を揺るがす」（裁判例⑤）ことにもなりかねず、ある意味当然ともいえる。虚偽記載が令状発付の可否にダイレクトに影響を与えるため、両者の関連性が極めて密接であるからという説明が可能であろう。もっとも、これらの裁判例及び本件を一律に論じることができない部分もある。

まず、前述裁判例中、多くは令状請求以前に違

法な先行行為があり、最終的な証拠排除判断に影響を与えており、この場合、疎明資料への虚偽記載は、虚偽の記載をしたこと自体の違法性のみならず、先行行為の違法性を承継する役割も果たしており、先行行為と最終的な証拠との因果性（関連性）は通常密接なものであるとされる。それに対して、違法な先行行為が存在しない場合（裁判例⑦、⑧、⑨）、虚偽記載の違法性のみが問題となり、この場合虚偽記載を違法な先行行為、それに基づき発付された令状での証拠収集を後行行為と捉えることも可能であろうが、両行為を1つの違法な証拠収集行為と考えるほうが自然のようにも思える。このようにみえてくると、先行行為と直接の証拠収集行為たる後行行為の区分けも明確であるとはいえない場合も多く、この点からも、近時の端的に違法手続と収集証拠との間の因果性ないし関連性の問題として統一的に理解すべきとする見解に優位性があるように思われる。

本件では、最終的な証拠排除の判断において、承継された先行する2つの違法行為の違法性と、虚偽ないし不正確な疎明資料による令状請求自体の違法性が認定されており、それらが相まって重大違法との判断を導いているものと解される。近時の有力説の見解に立った場合、複数の起点をもち、最終的な収集証拠と因果性をそれぞれにもつ違法行為が存在する場合、どのように処理できるのかはさらに検討を要する¹⁵⁾。

次に、前述裁判例の最終的な証拠排除基準につき、すべて最高裁で確立した基準、すなわち違法の重大性と排除相当性に依っており、故意による疎明資料への虚偽記載は、裁判例によりニュアンスの違いはあるものの、（先行行為の違法も併せて）基本的に違法の重大性の要素として、このような重大な違法行為に密接に関連する証拠は排除相当であるとの結論を導き、本件でもその点は同様である。ただ、証拠収集以降の捜査官の行為、多くは公判廷での違法捜査隠蔽のための偽証行為の位置づけについて、本件は特徴的である。

すなわち、最高裁の先例¹⁶⁾を含め、多くは（裁判例①、④、⑤、⑦）、証拠収集に客観的な因果性を持ち得ない事後の行為について、少なくとも令状主義の精神を没却する重大違法を導く要素であるとしているが、本件では排除相当性を導く要素としてのみ公判での証言を取り上げているように読めるからである。裁判例の多数は、事後の行為

は、捜査時点での令状主義軽視を推認する事情として（主観的な）違法性要素として考慮していると理解できるように思われるが、他方で事後の行為は、証拠収集に因果性を持ち得ない以上、違法性要素とすることはできないとの理解もあり、本件もこのような理解の違いを反映しているようにもみえる。

四 その他の問題点

本件には、その他、所持罪に関する捜査の違法が使用罪に関する証拠排除を導いており、この点因果性ないし関連性判断にどのような影響があるのかや、〔違法行為①〕について実質的に捜索に等しいといいつつ、職務質問に付随する所持品検査として許容される範囲を超えた違法な行為であると判示している点をどのように理解すべきか等、多くの重要な検討課題をもつ事案であるといえよう。

●—注

- 1) 東京地判平 30・9・7 平成 29 年（特々）第 2685 号。
- 2) すでに、本判決の評釈として、金子章・法教 471 号 144 頁、石田倫識・法セ 779 号 120 頁。
- 3) たとえば、最判昭 53・9・7 刑集 32 卷 6 号 1672 頁。
- 4) 井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019 年）705 頁。
- 5) 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）』（有斐閣、1998 年）513 頁以下。たとえば、宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣、2018 年）427 頁以下。
- 6) 宇都宮地判平 18・8・3（LEX/DB28115447）。
- 7) 松山地判平 22・7・23 判タ 1388 号 375 頁。
- 8) 東京地判平 22・8・6 判タ 1366 号 248 頁。
- 9) 東京地判平 24・2・27 判タ 1381 号 251 頁。
- 10) 京都地判平 27・12・4（LEX/DB25545235）。
- 11) 東京高判平 28・6・24 東高刑時報 67 卷 1 = 12 号 69 頁、高刑速（平 28）99 頁。
- 12) 横浜地判平 28・12・12 判時 2392 号 91 頁。
- 13) 宇都宮地判平 29・5・22（LEX/DB25546309）（→控訴審で破棄）。
- 14) 東京高判平 29・6・28 東高刑時報 68 卷 1 = 12 号 100 頁、高刑速（平 29）125 頁。
- 15) 井上・前掲注 4）725 頁以下参照。
- 16) 最判平 15・2・14 刑集 57 卷 2 号 121 頁。