

**検察官の事後の態度等も考慮しつつ、先行する現行犯逮捕の重大な違法を認定しそれに密接に関連する尿の鑑定書等を証拠排除し無罪とした事例**

【文献種別】 判決／大阪地方裁判所  
【裁判年月日】 令和1年9月25日  
【事件番号】 平成29年(わ)第4352号  
【事件名】 覚せい剤取締法違反被告事件  
【裁判結果】 無罪  
【参照法令】 憲法38条3項、刑事訴訟法  
【掲載誌】 裁判所ウェブサイト  
◆ LEX/DB 文献番号 25570518

九州国際大学教授 吉村真性

**事実の概要**

被告人は、平成29年10月7日頃から同月17日までの間に、覚せい剤を自己の身体に摂取した覚せい剤自己使用の公訴事実で起訴された。本件の審理において、弁護人は「平成29年10月17日に行われた被告人方に対する搜索差押(以下「本件搜索」)で押収された覚せい剤在中のチャック付きポリ袋3袋(このうち、洗面所で発見された2袋を「本件バケ」)は、麻薬取締官が持ち込んだものであり、その持ち込みを直接の契機とする現行犯逮捕には重大な違法があって、現行犯逮捕後に採取された尿の鑑定書(以下、「本件鑑定書」)もこれと密接に関連する証拠であるから、これらの証拠能力は認められるべきではない」と主張していた。これに対し、検察官は「弁護人が主張するような違法捜査がされた事実はない」として、証拠採用を求めている。

裁判所は、第4回公判期日において、「弁護人が主張する違法捜査が行われた疑いが残る」とした上で、「その違法性は重大であり、本件鑑定書等はこれと密接に関連するものであって、これを証拠として許容することは将来における違法捜査抑止の見地から相当でない」と認められる」として、本件鑑定書等の取調請求を却下する決定をしていたが(以下、「本件証拠決定」)、本件証拠決定に対する検察官の異議申立ても棄却した。裁判所は、取調済みの証拠として本件搜索で発見された注射器について、注射器の使用について捜査段階及び被告人質問での自白があったものの、使用された時期が定かでない、その使用を認める被告人

の自白の真实性を保證するに足りる証拠がないとして、無罪を言い渡した。

**判決の要旨**

裁判所は、令和1年7月1日の本件証拠決定において、検察官が請求した本件鑑定書等(「押収された覚せい剤在中のチャック付きポリ袋の鑑定書謄本」)を麻薬取締官が持ち込んだものであり、その持ち込みを直接の契機とする現行犯逮捕には重大な違法があって、現行犯逮捕後に採取された「尿の領置調書」、その「尿の鑑定書」の証拠能力を否定していた。

本判決は、本件証拠決定で示したとおり「証拠能力」について、検察官が論告等で指摘する点を踏まえ以下の2点を補足し、証拠能力を否定した。なお、本件証拠決定では、違法捜査の「疑いを強める事情」として、写真①(搜索開始直後に被告人方の洗面所付近を撮影)と写真②(搜索開始から1時間半後、洗面台上で本件バケが発見されたとして撮影)との「不整合」(写真①には「本件バケらしき物は写っていない」)に加え、以下の本判決が補足する「発見経過の不審点」、及び「画像データの消去」の点も挙げていた。

まず、(1)「本件バケの発見経過の不審点」について、本件証拠決定では、「違法捜査の疑い」を強める事情として、本件バケが洗面台上に「容易に発見できるような状態で置かれていた」こと、「何人もの麻薬取締官がその前を行き来したと考えられる」こと、写真①も撮影されていること、「覚せい剤犯罪の性質上搜索において捜査官が注目す

る場所である」こと、上記の状態で「搜索開始から1時間半以上もの間発見されなかった」ことを挙げ、「本件パケを含む3袋が搜索開始から約1時間半も経って初めて発見されたこと」を違法捜査の疑いを強める事情の1つとしていた。これに対しては本件証拠決定後も、検察官が本件現場の構造上、「麻薬取締官らが頻りに洗面所を通過するとは考え難く」事実を誤認していると主張していた。

本判決は、本件証拠決定を補足し「搜索開始から約1時間半もの間本件パケが発見されなかったという経緯にはやはり不審な点が残る」ことと、「注射器その他の関連物件が洗面台を含む水回りに存在する蓋然性を想定することは自然」であるとした。さらに、(2)「画像データの消去」(平成29年10月10日の防犯カメラ映像の画像データが消去されていること)について、「他の内偵捜査時の画像データが多数残っているなか」で当該画像データが消去されていること、弁護人が上記の指摘していた時期の画像であること、検察官が消去した時期について結審に至るまで弁護人の求釈明に答えなかったこと等の「一連の経緯」も踏まえて判断して、内定捜査の必要がなくなり消去したとする検察官の指摘は当たらないとした。

そして本判決は、違法捜査があったことを疑わせる主たる根拠は、「搜索開始後間もない時点で撮影された写真に本件パケがあったとされる場所に本件パケが写っていないことにある」とした上で、上記(1)(2)が本件パケを持ち込んだ疑いを強める「補助的な事情」とした。

その上で、取調済みの証拠による有罪認定の可否について、被告人質問における「平成29年10月上旬に覚せい剤を注射して使用し、同月9日にその注射器を捨てた」旨の供述と、捜査段階における「本件で逮捕される1週間前に覚せい剤を注射して使用した」旨の供述を挙げ、「本件搜索の際、被告人方から血液様の液体が付着した注射器が発見され」、「その注射器の内側から覚せい剤が検出されたという自白以外の証拠もあるけれども、この証拠によっても、注射器が使用された時期は定かでなく、本件において、被告人が公訴事実の期間内に覚せい剤を自己使用したとする上記自白の真实性を保証するに足りる補強証拠は存在しない」と判断し、被告人に無罪を言い渡した。

## 判例の解説

### 一 本件証拠決定と本判決の意義

本判決での注目すべき特徴は、事後の検察官の態度にも焦点を当てながら、違法収集証拠排除法則(以下、排除法則)を適用して証拠能力を否定した点である。とりわけ、本稿では従来の判例との関係にも注目しながら論じることとする。確かに本判決は個別の事案に即した下級審判決であり全事案で一般化できるものではない面もあるが、排除法則のリーディング・ケースにおいて形成されてきた実務を踏襲しつつも、事後の検察官の態度の評価について特徴的な判断を下している点で実務のあり方に一石を投じるものと考えられる。

### 二 排除法則

#### 1 証拠排除の基準・要件

排除法則は、日本では昭和30年代半ばには通説的地位となったが、判例が初めて排除法則を宣言し排除基準を示したのは最一小判昭53・9・7(刑集32巻6号1672頁。以下、53年判決)であった<sup>1)</sup>。53年判決では、違法収集証拠の証拠能力について、明文の規定がなく「刑訴法の解釈」に委ねるとした上で、憲法及び刑事訴訟法(以下、刑訴法)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」(以下、違法重大性)、「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(以下、排除相当性)に、その証拠能力は否定されるとされた。なお違法重大性と排除相当性の関係について、実務は両方を求める重畳説であるが、一方を求める競合説も有力である<sup>2)</sup>。排除法則の根拠論も展開されてきた中で、53年判決は違法捜査の抑止を明示しているが、司法の廉潔性や適正手続を含め多様な根拠の理由付けを含むと解されている<sup>3)</sup>。

53年判決でも示されたように、実務は証拠排除の可否について、個別事案毎に総合的比較衡量を要する相対的排除説を採っている。「違法重大性」の考慮では、①手続違反の程度・違反状況(緊急性・必要性)・侵害利益の性質といった客観的側面、②違反の有意性・違反の頻発性といった主観的側面、③違反と証拠獲得の因果性の程度であるが、適法な手段での証拠の獲得可能性等も挙げられる。また、政策面から「排除相当性」の考慮要素は、上記の重大性の判断要素とも関連しうるが、

証拠の重要性、事件の重大性も挙げられ、派生的証拠の問題においては、当該違法行為と獲得証拠との間の因果関係の程度も挙げられる<sup>4)</sup>。

## 2 派生証拠の扱い

本件は先行する違法逮捕後に採取された尿の鑑定書等の証拠能力を否定している。こうした派生証拠の扱いについては、53年判決での基準が踏襲されつつ、以下の判例展開が見られる。最二小判昭61・4・25(刑集40巻3号215頁。以下、61年判決)は、「同一目的」と「直接利用」を指標として示し、先行行為から後行行為への「違法の承継」を認めた<sup>5)</sup>。その後こうした指標は、例えば最三小決平7・5・30(刑集49巻5号703頁。以下、7年判決)でも用いられたが、未承諾での違法な所持品検査に端を発する逮捕後の尿の鑑定書について、違法重大性と排除相当性が否定されている。

初めて最高裁が証拠排除を行ったのは、最二小判平15・2・14(刑集57巻2号121頁。以下、15年判決)であり、ここでは排除対象の証拠が重大な違法がある先行手続との間に「密接な関連」(以下、密接関連性)を持つか否かの指標が示された。排除対象の範囲を巡り「毒樹の果実」論的手法が採られたとして注目された15年判決は<sup>6)</sup>、尿の鑑定書については、重大な違法がある逮捕と密接関連性を有す尿と同様として証拠排除した一方で、覚せい剤及びその鑑定書については密接関連性を否定した。15年判決文上は、時間的接着性を根拠として密接関連性を認定してはいる。この「密接関連性」の判断の手掛かりとして、二次的証拠が排除される基準について触れた最三小判昭58・7・12(刑集37巻6号791頁)での伊藤正己裁判官の補足意見によると、「第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第二次的証拠の重要さの程度、第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべき」と説明されている。この考え方は、15年判決にも投影されたと捉えられており、概ね判事経験者等の実務家らの支持も得ている<sup>7)</sup>。

本判決もこれと同様に、密接関連性については重大な違法のある「現行犯逮捕後に採取された尿の鑑定書もこれと密接に関連する証拠」と位置付ける形で時間的接着性も挙げている点で、15年判決と同様の論理と共通する。その後も密接関連性の指標は維持され、例えばGPS捜査を巡る最

大判平29・3・15(刑集71巻3号279頁)においても、GPS捜査により直接得られた証拠と密接な関連性を有する証拠については排除されている。

## 3 捜査・訴追側の事後の「態度」要素の位置付け

本判決では検察官の態度も「一連の経過」として考慮される形で違法捜査を認定する間接事実として扱われている。但し、本判決は公判での検察官の態度が考慮されている点で、捜査当時の一連の違法手続自体を焦点とした7年判決の事情とも異なる。また、本件証拠決定及び判決は、本件パケの持込行為とは直接的には独立した行為ではあるが、防犯カメラの画像データの消去、(公判前整理手続から結審までの)消去時期に関する弁護人の求釈明への検察官の無回答といった「一連の経過」をも証拠排除に結びつけて判断しており、事後の「態度」を考慮している点では平成15年判決と共通している<sup>8)</sup>。この点、15年判決は警察官の事後の「態度」(違法な逮捕執行を糊塗するため捜査報告書の虚偽記載・偽証)を「本件の経緯全体を通して表れた」事情と位置付けた上で「総合的に考慮」し、逮捕手続のまずは違法重大性を認めている。

これについては、「全体として警察官らが令状主義の諸規定を潜脱する意図があったこと」を裏付け・強めるものとして「重大な違法」の要素として証拠収集後も含めた警察官の態度から推認したものと指摘されている<sup>9)</sup>。また、手続的違法の隠蔽は事後的・外部的な検証可能性を失わせる点で排除法則の機能を形骸化させ司法的抑制の見地に反する重大なものとする見解もある<sup>10)</sup>。ただ、事後に現れた警察官の態度が既に行われた行為に因果的影響を及ぼすことはないとして、こうした態度を違法性の判断で考慮する点については疑問も呈されており、違法捜査抑止の点から排除相当性が判断されるべきとする見解もある<sup>11)</sup>。他方、弁護実践の観点から競合説(前述)に立脚し、排除相当性として考慮する見解もある<sup>12)</sup>。実務家からは15年判決は事後の「態度」を捜査官の意図や令状主義の履践への認識・態度を推認させる「遡及的情況証拠」<sup>13)</sup>として理解する考え方も示されている。

一方で本判決では、求釈明に対する検察官の事後の態度・行為が取り上げられた点に加え、次のような認定をしている点でも、15年判決とは事

情が異なる。すなわち、本判決では違法捜査を疑わせる主たる根拠について、本件パケがあったとされる場所の写真①に「本件パケが写っていないこと」とした上で、この「画像データ消去」事実が、「その疑いを強める補助的な事情」と位置付ける中で、本件での「態度」は「画像データ消去」事実の「不自然さ」を認定する要素として活用されている。そして本判決は、検察官の未回答という「態度」については、本件証拠決定を踏まえ「補足」として、「画像データ消去」の点で、「一連の経過」の判断に加えた上に、「あくまでその疑いを強める補助的な事情として指摘したにすぎない」と述べている。

これを解く手掛かりとして、本件証拠決定書の「結論」部分では、違法収集証拠の疑いがあった場合、「検察官は、その捜査の適法性に関して立証責任を負う」とした上で、弁護人から指摘された疑いについて「それを疑わせるだけの客観的事情があり、また、その疑いを払しょくできるだけの客観的根拠が乏しく、その疑いを強めると認められる事情もあることから、検察官の立証責任は尽くされていない」と示されている。つまり本判決は、違法捜査の「疑いを強める補助的な事情」の中ではあるが、検察官の捜査の適法性に関する説明責任の姿勢をも違法な持込行為を遡及的に推認する形で考慮している。

### 三 補強法則との関係

なお本件では、被告人は使用した注射器に関する供述をしており、本件捜索の際に被告人方から注射器が発見され、その内側から覚せい剤が検出された自白以外の証拠はあったが、本判決はこの証拠では「注射器が使用された時期」が定かでないとして、自白の真实性を担保する補強証拠はないとしている。憲法 38 条 3 項と刑訴法 319 条 2 項を受けた補強法則は、自白の証明力が過大評価されて生じる誤判を防ぐ点にある。これまで補強証拠の範囲を巡って、自白の真实性が担保されれば足りるとする実質説と、客観面の主要部分について自白以外を求める形式説（罪体説）とが対比されてきたが<sup>14)</sup>、本判決は「自白の真实性」を挙げ実質説を採っている。

### 四 結びにかえて

このように本判決では、「主たる根拠」ではな

いにせよ、求釈明に応じないという訴追側の事後的な「態度」をも「一連の経過」に含めつつ、補助的な事情の中で活用した点で特徴的であり、従前の判例とは異なる新規性が認められる。本判決は捜査の適法性に関する説明姿勢が、補助的な事情としてであれ、証拠排除の一要素に影響しうること示したといえる。そのことは、捜査訴追側への説明責任を促し、違法捜査への抑制にもつながると期待したい。

#### ●——注

- 1) 三井誠「判評（下）」ジュリ 680 号（1978 年）111 頁、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985 年）27 頁以下。
- 2) 井上・前掲注 1）557 頁、田宮裕『刑事手続とその運用』（有斐閣、1990 年）75 頁、上口裕『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（成文堂、2011 年）451 頁。
- 3) 三井・前掲注 1）108 頁以下、加藤克佳「違法収集証拠排除法則」法教 245 号（2001 年）39 頁。
- 4) 井上・前掲注 1）404 頁以下、同 560 頁、石井一正「判批・53 年判決」判タ 577 号（1986 年）14 頁以下、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』（有斐閣、1998 年）531 頁以下。
- 5) 高崎秀雄「判批・61 年判決」刑訴判百〔第 10 版〕（別冊ジュリ 232 号）（2017 年）206 頁。
- 6) 石井一正『刑事訴訟法の諸問題』（判例タイムズ社、2014 年）422 頁以下。川出・前掲注 4）532 頁は当該違法行為と証拠との「因果関係の程度」は排除相当性で考慮されると指摘する。なお、毒樹の果実について、椎橋隆幸「判批・15 年判決」ジュリ 1269 号（2004 年）197 頁以下、小早川義則「判批・15 年判決」『犯罪の多角的検討』（有斐閣、2006 年）131 頁。毒樹の果実の定義等は、光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、1974 年）292 頁以下参照。
- 7) 大澤裕＝杉田宗久「判例講座・15 年判決」法教 328 号（2008 年）79 頁 [大澤発言・杉田発言]。
- 8) 黒澤睦「判批・本判決」法教 473 号（2020 年）132 頁。
- 9) 朝山芳史「判批・15 年判決」最高裁判例解説（刑事・平 15 年度）（2006 年）43 頁。
- 10) 池田公博「判批・15 年判決」ジュリ 1338 号（2007 年）214 頁。
- 11) 大澤＝杉田・前掲注 7）73 頁以下 [大澤発言]。
- 12) 緑大輔「違法収集証拠排除法則と捜査機関の後行行為」刑弁 97 号（2019 年）48 頁以下。
- 13) 大澤＝杉田・前掲注 7）75 頁 [杉田発言]。
- 14) 後藤昭＝白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕』（日本評論社、2013 年）861 頁 [後藤昭執筆]。