違法収集証拠の証拠能力の判断方法

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第三小法廷
【裁判年月日】 令和 3 年 7 月 30 日
【事 件 番 号】 令和 2 年（あ）第 1763 号
【事　件　名】 覚醒剤取締法違反、大麻取締法違反、医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律違反被告事件
【裁 判 結 果】 差戻し
【参 照 法 令】 刑事訴訟法 1 条・317 条・336 条・411 条
【掲　載　誌】 刑集 75 巻 7 号 930 頁、裁時 1773 号 1 頁、判時 2526 号 101 頁、判タ 1497 号 60 頁
◆ LEX/DB 文献番号 25571667

甲南大学教授 **笹倉香奈**

事実の概要

平成 30 年 3 月 30 日午後 4 時 41 分頃、警察官は自動車（以下、本件車両という）を運転中の被告人に職務質問を行うために停止を求め、本件車両は道路左端に停止した。警察官は本件車両の運転席ドアを開けて、被告人に対して運転免許証の提示を求めた。午後 4 時 48 分頃、警察官は本件車両の運転席ドアポケットに中身の入っていない透明のチャック付ビニール袋（以下、本件ビニール袋という）の束がある旨を被告人に伝えた。その後、被告人は運転免許証の提示に応じたが、覚醒剤取締法違反の犯罪歴が多数あることが判明し、任意の尿や所持品検査にも応じなかったことから、警察官は午後 5 時 8 分頃、令状請求に移行すると被告人に告げた。

警察官は同日午後 7 時頃、覚醒剤の所持及び自己使用の各被疑事実により、被告人の所持品と本件車両に対する捜索差押許可状及び強制採尿令状を請求した。この際、疎明資料には、本件車両の運転席の「ドアの内側小物入れに、束になった空パケ［引用者注：本件ビニール袋］が多数入っていることを確認した」との記載がある取扱状況報告書、本件ビニール袋の状況を撮影した写真が添付された写真撮影報告書が含まれていた。午後 11 時 4 分頃に各令状の発付を受けた警察官は本件現場に向かい、午後 11 時 25 分頃に捜索差押手続が実施された。なお、令状が発付され執行されるまでの間、現場では警察官が本件車両を囲み、本件現場を立ち去ろうなどとする被告人を制止して所持品検査等に応じるよう説得し続けていた。

翌日午前 0 時 28 分に被告人は覚醒剤所持の現行犯人として逮捕され、逮捕に伴う捜索差押えが実施されて本件車両からは薬物が発見された（ただし、警察官らは本件ビニール袋については差し押さえなかった）。警察官に引致された被告人は、午前 4 時 42 分頃まで断続的に取調べを受け、午前 4 時 48 分頃に尿を任意提出した。

被告人は①平成 30 年 3 月中旬頃から同月 30 日頃までの間に覚醒剤を使用したという事実（公訴事実第 1）、②自動車内において覚醒剤、大麻及び指定薬物を所持した事実（公訴事実第 2）につき、③平成 29 年 9 月 5 日に発生した別の大麻等所持事件とともに起訴された。弁護人は、本件ビニール袋はもともと本件車両内にはなかったもので、警察官が自ら用意していた本件ビニール袋を本件車両の運転席ドアポケットに入れるなどの違法捜査があったと主張した。

第一審裁判所は、公訴事実第 1 及び第 2 に関連する被告人の尿の鑑定書及び違法薬物及びその鑑定書について、違法収集証拠であって証拠能力がないとして証拠調べ請求を却下する決定をしたうえで、そのほかの採用された証拠からは公訴事実を認めるに足りる証拠はないとして、無罪を言い渡した（東京地判令 2・3・17 刑集 75 巻 7 号 1024 頁。なお、併合審理されていた大麻等所持事件

につき有罪として懲役2年を言い渡した)。証拠調べ請求を却下したのは、警察車両搭載のドライブレコーダーの映像からは警察官が自ら本件車両に本件ビニール袋を入れたとまでは認められないものの、本件ビニール袋を差し押さえなかったことについて、警察官らが合理的な理由を示していないこと、被告人の留置きが7時間にわたるなど警察官らの検挙に向けた姿勢が執拗であったことなど、警察官の捜査姿勢に照らすと、本件ビニール袋が本件車両内にもともとなかったものであるとの疑いが残り、本件ビニール袋に関して客観的事実と異なる疎明資料を作成して捜索差押許可状の請求を行うことは裁判官の判断を大きくゆがめるものであって、捜索差押許可状の発付を受けた捜査手続には令状主義の精神を没却する重大な違法があり、将来の違法捜査抑制の見地からも相当でないなどという理由であった。

検察官は本件捜査手続に違法はなく、却下決定は誤りであるとして控訴した(被告人も控訴)。原審は、第一審判決を破棄して差し戻した。本件ビニール袋がもともと本件車両内になかったという疑いはあるがその程度は濃厚ではないから、その程度にとどまる事情をもとに本件各証拠の証拠能力を否定しても、将来における違法捜査抑止の実効性を担保しうるかは疑問であること、捜索差押許可状等の請求に至るまでの手続には違法はなかったこと、被告人の現場での留置きは違法であるものの、その違法は重大なものとはいえないことなどが理由であった(東京高判令2・11・12刑集75巻7号1028頁)。

被告人側が上告した。最高裁は職権により、原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の解釈適用の誤りがあり、これを破棄しなければ著しく正義に反するとして刑訴法411条1号により原判決を全員一致で破棄し、同413条本文に従って本件を東京高裁に差し戻した[1)]。

判決の要旨[2)]

「証拠物の押収等の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である〈中略〉。

前記1の事実経過の下においては、本件各証拠の証拠能力を判断するためには、本件事実［引用者注：警察官が、本件ビニール袋は本件車両内にもともとなかったにもかかわらず、これがあることが確認された旨の疎明資料を作成して本件車両に対する捜索差押許可状及び強制採尿令状を請求した事実］の存否を確定し、これを前提に本件各証拠の収集手続に重大な違法があるかどうかを判断する必要があるというべきである。しかるに、原判決は、本件ビニール袋がもともと本件車両内にはなかった疑いは残るとしつつ、その疑いがそれほど濃厚ではないなどと判示するのみであって、本件事実の存否を確定し、これを前提に本件各証拠の収集手続に重大な違法があるかどうかを判断したものと解することはできない。本件各証拠の証拠能力の判断において本件事実の持つ重要性に鑑みると、原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の解釈適用の誤りがあり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。」

なお、戸倉三郎裁判官の補足意見が付されている。

判例の解説[3)]

一　本判決の意義

本判決は、証拠の収集手続の違法が主張された場合には、違法行為にかかる事実の存否を確定し、それを前提に収集手続について重大違法があるかを判断する必要があるとしたもので、この点に意義がある。

違法収集証拠につき、本判決も引用する最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁は、ある証拠の収集手続に①令状主義の精神を没却するような「重大な違法」があり、②これを証拠として許容することが、将来における違法捜査抑止の見地から「相当」でない場合(排除相当性という)には、当該証拠の証拠能力を認めないという枠組みを示した。

本判決は、このうち違法の重大性について判断する前提として、少なくとも本件のように違法行為の有無自体が重要な意味を持つ場合には、まずはその事実の存否自体を確定すべきとした。

二　本件事実の「確定」

本判決は、原審が「本件ビニール袋がもともと本件車両内にはなかった疑いは残るとしつつ、その疑いがそれほど濃厚ではないなどと判示するのみ」であることにつき、これでは本件事実の存否は確定できていないという。つまり、ビニール袋が本件車両の中に存在したか否かについて虚偽の事実により令状を請求したとの疑いが存在しないことがまず「確定」されるべきであり、「これを前提に本件各証拠の収集手続に重大な違法があるかどうかを判断する必要」があるというのである。もし本件事実の存在につき、疑いが残るのであれば違法の重大性が認定されうることになる[4]。かくして、本判決は、違法の重大性を認定する際に重要な意味を持つ事実について、検察官に立証責任があることを前提とする。

原審は、本件事実につき排除相当性について検討する文脈で論じており、本件ビニール袋がもともと本件車両内になかったという疑いはあるがその程度は濃厚でなく、その程度にとどまる事情をもとに本件各証拠の証拠能力を否定しても、将来における違法捜査抑止の実効性を担保しうるか疑問であると述べ、違法の重大性については、留置きについての文脈で検討した。排除相当性について検討する際には本件事実の存否を確定しようとせず、その存在についての疑いの程度を考慮したという点に特徴がある。従来、「違法の重大性」と「排除相当性」は別の要件であるとしつつ、「違法の重大性」が満たされれば「排除相当性」の要件も満たすが、例外的に「違法の重大性」があっても排除が相当ではない場合がありうるとして、違法の重大性を先決するという考え方が主流であった[5]。原審は違法の重大性を確定せずに排除相当性を判断しているという点で、このような従来の支配的な考え方とは異なる立場に立った[6]。

本判決はこのような原審の立場を採用せず、本件事実が違法の重大性の判断にとって重要であることを前提としたうえで、その存否の確定がまず必要であると判断した。このような判断は、これまでの裁判例で違法の重大性をまず認定したうえで排除相当性の検討がされてきたという流れとも整合的である[7]。本件事実は、仮に存在したならば捜査官の令状主義潜脱の意図、令状請求手続の瑕疵などに影響を与える重要な事実であるという事情もあったのであろう[8]。とりわけ、最近の裁判例では令状請求疎明資料における虚偽記載は令状審査そのものをゆがめるものであるととらえられ、証拠排除に結び付きやすい傾向があるとされている[9]。

三　事実の確定と立証責任

なぜ本判決はこのような考え方を採用したのだろうか。

この点に関して手がかりとなるのは、戸倉裁判官の補足意見である。戸倉補足意見は、「収集手続の違法の重大性を基礎付ける事実の存否に争いがあれば、検察官が当該事実の不存在について立証責任を負い、その立証に失敗すれば、当該事実があったものとして収集手続の違法判断がされる」と立証責任が検察官にあることについて明確に言及しつつ、原審は「本件各証拠の収集手続の違法判断の分水嶺となり得る本件事実について、立証責任に従ってその存否を確定することなく、本件事実があった疑いの程度を考慮して本件各証拠の証拠能力について判断した」点に問題があったと指摘する。原審のように、疑いの程度を考慮して排除の要否を判断してしまえば、「当事者にとって立証命題が明確であるとはいえず、審理が複雑で不安定なものになる危険」があるし、「仮に裁判所の心証が立証責任に従えば本件事実があったと確定すべきものであった場合、これを前提に本件各証拠の収集手続の違法判断がされるべきであるのに、本件事実があった疑いの程度によっては排除要請状況が認められないとして本件各証拠の証拠能力を肯定することは、実質的に、検察官が本件事実の不存在の立証に成功したのと同じ効果をもたらすものであり、立証責任の原則にも反する結果」になるからである。

違法収集証拠や自白の任意性などの訴訟法的事実については、従来から、それを主張して所定の法的効果を求める当事者が挙証責任を負うとされてきた[10]。したがって検察官が取調べを請求した証拠の証拠能力を肯定する事実については、検察官に挙証責任がある。違法収集証拠排除法則の適用が問題となるのは基本的に検察官側が請求した証拠であるから、その証拠能力を裏付ける事実について、検察官が立証の責任を負うのは当然であるということになる[11]。本判決は、このこと

をあらためて確認したものといえる。

四　厳格な証明の要否

訴訟法的事実については、一般に自由な証明で足りるとされている[12]が、実務上は捜査官の供述を求める場合には証人尋問をする運用が定着するなど、実質的には厳格な証明を求める運用になっているとされる（本件でも捜査官らの証人尋問が実施された）。証拠能力について確定されるべき事実が重要である本件のような場合、現在の実務の運用状況に照らせば、裁判所の裁量は制限されていると考えるべきであり、厳格な証明によるべきだということになろう[13]。

なお、検察官が負担する立証の基準[14]について本判決は示していないが、下級審では違法判断上、重要な事実については「疑わしきは被告人の利益に」の原則のもとで事実を確定している例も多い[15]。今後の判例の展開に注目したい。

●――注

1）差戻審（東京高判令4･10･5）は、検察官の控訴趣意（訴訟手続の法令違反の主張）をしりぞけて控訴を棄却し、本件公訴事実については一審の無罪判決が維持された。

2）最判令3・7・30刑集75巻7号930頁。

3）本判決の評釈として、以下のものがある。前田雅英「証拠能力の判断方法：証拠の収集手続の違法性の重大性」WLJ判例コラム臨時号238号（2021年）、三好幹夫「違法収集証拠として証拠能力を否定した第1審の訴訟手続に法令違反があるとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例」判例秘書ジャーナルHJ200031（2021年）、細谷芳明「（続）覚醒剤使用事犯における留置き・追尾行為をめぐる最新判例（証拠排除）研究」捜研852号（2021年）38頁、佐藤由梨「違法収集証拠の主張があった場合の収集手続の違法の判断」法教495号（2021年）155頁、高平奇恵「違法収集証拠の主張がなされた場合、証拠能力の判断にあたって重要な事実は確定される必要があるとした事案」法セ806号（2022年）122頁、小川佳樹「違法収集証拠の証拠能力の判断方法」令和3年度重判解（2022年）150頁、内藤恵美子「違法収集証拠として証拠能力を否定した第1審の訴訟手続に法令違反があるとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例」ジュリ1572号（2022年）110頁／曹時74巻10号（2022年）190頁、永里桂太郎＝中島宏「違法収集証拠の主張がなされた場合の基礎となる事実の認定方法」鹿法57巻2号（2023年）23頁、緑大輔「違法収集証拠として証拠能力を否定した第1審の訴訟手続に法令違反があるとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例」ジュリ1581号（2023年）130頁、佐藤美樹「違法収集証拠として証拠能力を否定した第1審の訴訟手続に法令違反があるとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例」判時2554号（2023年）132頁。また、本件の弁護活動や公判手続について紹介したものとして、戸塚雄亮「虚偽の疎明資料による令状請求を認定し重大な違法があると判断した事例」刑弁108号（2021年）79頁。

4）緑・前掲注3）132頁。

5）石井一正『刑事実務証拠法〔第5版〕』（判例タイムズ社、2011年）124～125頁。なお、宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『リーガルクエスト刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）420頁Column4-8は、違法の「重大性」が認められない事案でも、諸般の事情を勘案して排除すべき場合があるとする考え方もありうるが、このような考え方は判例のとらえ方についての多数説が採用するところではないとする。

6）三好・前掲注3）6頁。

7）小川・前掲注3）151頁、緑・前掲注3）132～133頁。

8）内藤・前掲注3）曹時205頁、緑・前掲注3）133頁。

9）南川学「違法収集証拠排除法則に関する近時の裁判例の紹介」刑弁97号（2019年）52頁、緑大輔「令状請求時の違法と、その重大性の関係」刑弁108号（2021年）111頁など。なお、本件と同様捜査官による証拠のねつ造が問題になった事例として、捜査官によって防犯カメラの画像が消去されたことなどから、捜査官が事件現場に覚醒剤を置いたという疑いが払しょくできないとして無罪を言い渡した事例（大阪地判令元・9・25。同事件の証拠決定は大阪地決令元・7・1判時2459号123頁）がある。

10）田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）302頁、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2020年）489頁、宇藤ほか・前掲注5）書466頁など。

11）下級審における違法収集証拠の起訴事実の立証責任についての動向は、永里＝中島･前掲注3）32頁以下参照。

12）後藤昭「厳格な証明と自由な証明」後藤昭ほか編『刑事弁護の現代的課題』（第一法規、2013年）258頁など。

13）高平・前掲注3）122頁、緑・前掲注3）134頁、永里＝中島・前掲注3）31頁。

14）学説では、証拠の優越で足りるという見解、民事訴訟と同程度であるという見解、証明の対象となる事実の重要性などによるという見解、確信を必要とする見解などがあるとされている。内藤・前掲注3）曹時204頁注24。

15）下級審裁判例の詳細は、永里＝中島･前掲注3）33頁。なお、小川・前掲注3）151頁は、合理的疑いを超える証明が求められるとする。