

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 (最判令和3年7月30日刑集75巻7号930頁)¹

永 里 桂太郎・中 島 宏

1 事実の概要

本件は、覚醒剤の自己使用、覚醒剤、大麻及び指定薬物の所持を公訴事実とする事件である。本件公訴事実には、平成29年9月の大麻及び指定薬物の所持（以下、「第1グループ事件」という。）と、平成30年3月30日に自動車に対して行われた搜索差押えに端を発する覚醒剤、大麻、指定薬物（以下、「本件薬物」という。）の所持及び覚醒剤自己使用（以下、「第2グループ事件」という。）という時点の異なる2つのタイプの事件が含まれている。

このうち、第2グループ事件に関しては、自動車に対して行われた搜索差押えに引き続く一連の本件薬物の押収手続には、重大な違法があり、被告人の尿の鑑定書並びに本件薬物及びその鑑定書が違法収集証拠にあたり排除されるべきとの主張が、第1審段階より弁護人からなされた。第1審裁判所は、期日間整理手続に付し、争点整理等を行った結果、捜査手続に違法な点があるか、上記証拠が違法収集証拠として排除されるべきかが主な争点となった。

今回問題とされた捜査経過の概要は以下の通りである。

平成30年3月30日午後4時41分頃、警察官が職務質問のため、自動車（以下、「本件車両」という。）運転中の被告人に対して停止を求めた。同日午後4時48分頃、警察官は本件車両運転席ドアポケットにチャック付きビニール袋の束（以下、「本件ビニール袋」という。）がある旨を被告人に告げた。

¹ 本判決に関する評釈として、知り得たものとしては、前田雅英「判批」WESTLAW JAPAN〔文献番号 2021WLJCC017〕(2021年)、細谷芳明「判批」捜査研究852号38頁(2021年)、佐藤由梨「判批」法教496号155頁(2021年)、高平奇恵「判批」法セミ806号122頁(2022年)、小川佳樹「判批」令和3年度重判解150頁(2022年)、安藤恵美子「判批」ジュリ1572号110頁(2022年)がある。

その後、被告人が運転免許証の提示に応じたことを契機に、被告人に覚醒剤取締法違反の犯罪歴が多数あることなどが判明した。被告人は任意の採尿や所持品検査に応じなかったことから、同日午後5時8分頃、警察官は令状請求の準備に取り掛かった。同日午後7時頃、警察官は、覚醒剤所持及び自己使用の被疑事実で車両の搜索差押許可状及び強制採尿令状を請求した。その疎明資料には、本件ビニール袋に関する写真撮影報告書等が含まれており、本件車両運転席の「ドアの内側小物入れに、束になった空パケが多数入っていることを確認した」との記載があった。被告人は、警察官に帰りたい旨を伝えたが、警察官は被告人を取り囲み、立ち去りを制止した。同日午後11時25分頃、警察官は車両に対する搜索差押許可状を執行し、覚醒剤を発見して、被告人を現行犯人として逮捕した。そして、逮捕に伴う搜索差押えも実施し、これらの手続により本件車両から発見した本件薬物を差し押さえた。ただし、この差押えの際には、本件ビニール袋は差し押さえられなかった。その後、被告人は警察署に引致され、同月31日午前4時42分頃まで取調べを受け、警察官から強制採尿令状が出ている旨を告げられたことから、午前4時48分頃自ら採取した尿を任意提出した。

1 第1審（東京地判令和2年3月17日刑集75巻7号1024頁）

第1審は、期日間整理手続きを経た上で、捜査官等の証人尋問を実施し、第2グループ事件に関する被告人の尿の鑑定書並びに本件薬物及びその鑑定書の証拠調べ請求に対して、令和2年1月15日付で却下決定を行った（以下、「本件却下決定」という。）。その上で、第2グループ事件については、その余の採用された証拠では犯罪の証明がないとして、無罪とした（第1グループ事件については有罪とし、懲役2年の判決を言い渡している。）。

本件却下決定の概要は以下の通りである（なお、本件却下決定の内容は第1審判決からは明らかではないため、控訴審判決からの引用である。）。

まず、本件却下決定では、警察車両搭載のドライブレコーダーの映像からは、弁護人主張のように、「警察官が自ら用意していた本件空パケ〔筆者注：「本件ビニール袋」と同一のものを指す。以下、同様。〕を本件車

両運転席ドアポケットに入れた事実があったとまでは認められない」ものの、「本件空パケは差し押さえられていないところ、本件車両の搜索差押えに携わった警察官らは、差し押さえなかった理由について何ら合理的な説明をしていない。空パケの束は違法薬物に関する犯罪の重要な証拠となり得るもので、本件車両内の他の空パケは差し押さええているから、本件空パケについて過失で差押えを失念したとは到底考えられず、その他の合理的な理由も見出せない。本件空パケを差し押さえなかったというのは極めて不自然であって、弁護人の主張を踏まえると、本件空パケがもともと本件車両内にはなかったものであったとの疑いを生じさせる事情であることは否めない。」とした。

また、警察による留め置きが7時間に及んだことなどを挙げ、「警察官らの被告人の検挙に向けた姿勢は相当に執拗であったことがうかがわれ、このような警察官の捜査姿勢にも照らすと、本件空パケが本件車両内にはもともとなかった物であるとの疑いがなお残る。」とした。

その上で、本件車両に対する搜索差押許可状請求の際の疎明資料としては、本件ビニール袋に関する事情が重要な事情であったことを指摘し、「客観的事実と異なる疎明資料を作成して搜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、本件車両に対する搜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る。」とした上で、「違法薬物の押収手続には重大な違法があり、同薬物及びその鑑定書の証拠能力を認めることは、将来の違法捜査抑制の見地からも相当ではない。」と結論付けた。

2 控訴審（東京高判令和2年11月12日刑集75巻7号1028頁）

第1審判決に対し、被告人及び検察官の双方が控訴を申し立てた（被告人の控訴理由は量刑不当である）。

控訴審は、本件薬物や鑑定書の証拠能力を否定した第1審の本件却下決定には訴訟手続の法令違反があり、判決に影響を及ぼすことは明らかであるとして、第1審判決を破棄して、差し戻すと判決した。

その理由は、以下の通りである。

控訴審判決は、「本件空パケはもともと本件車両内にはなかったものであったとの疑いがあるとした本件却下決定の判断部分には一定の根拠があるというべきである。」としつつも、検察官の主張を前提とすれば、「本件空パケがもともと本件車両内にはなかったという疑いは相当程度弱まるものといえる。」とした。

そして、最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1772頁につき、「判断する裁判所において、その他の面では証拠能力を有する又は有し得る証拠について、将来における違法な捜査の抑制といういわば法政策的な見地に立って排除することが要請されるような状況を認めることが必要と解される。」と理解した上で、本件ビニール袋が「もともと本件車両内にはなかったものであったとの疑いを拭い去ることはできないが、その疑いはそれほど濃厚ではないところ、その程度にとどまる事情だけを根拠に薬物等の証拠能力を否定しても、将来における違法行為抑止の実効性を担保し得るかどうかには疑問があり、したがって、この事情をもってしても、薬物等の証拠能力を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まではいえないというべきである。」と述べた上、被告人の本件現場への留め置きは違法であるものの、その違法の程度は令状主義の精神を没却するような重大なものではないと結論付けた。被告人上告。

3 判旨

(1) 法廷意見

上告審は、原判決を破棄した上で、事件を東京高等裁判所に差し戻すと判決した。

その理由は、以下の通りである。

「本件各証拠の証拠能力を判断するためには、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、その疑いは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。」

(2) 戸倉三郎裁判官補足意見

また、本件には戸倉三郎裁判官の補足意見が付されている。

戸倉裁判官は、証拠収集手続の違法の重大性を基礎づける事実については、検察官に立証責任があり、「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。」と述べる。

また、本件ビニール袋が本件車両内にあったかどうかという事実を、「違法判断の分水嶺となり得る」事実と述べ、「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」控訴審判決は法令の解釈適用を誤ったと述べる。

そして、控訴審判決の手法については、「本件事実があった疑いの程度を考慮して排除要請状況の有無が判断されるということになると、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ろう。さらに、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となろう。」と述べた。

2 評釈

(1) 違法収集証拠排除法則

最高裁は、前掲昭和53年最判において、令状主義の精神を没却するような重大な違法（以下、「違法の重大性」という。）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して認められる場合（以下、「排除相当性」という。）には証拠能力を否定するという違法収集排除法則を採用した。

その後、下級審では、違法収集証拠排除法則を適用し、証拠能力を否定する裁判例が現れたものの、最高裁においてはしばらくの間、捜査手続の違法は宣言するがその違法は重大とは認められないとして、証拠能力を肯定する判決が続いた²。

しかし、最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁において、違法の重大性を宣言し、排除相当性も肯定するに至った。平成15年最判は、違法の重大性を認定するに当たり、警察官が手続的違法を糊塗するために、逮捕状へ虚偽事項を記入したこと、内容虚偽の捜査報告書を作成したこと、公判廷において事実と反する証言をしたことなど警察官の令状主義を潜脱する意図を重視した。

違法収集証拠排除法則につき、最高裁が採用した違法の重大性と排除相当性という2つの要件間相互の関係については、学説上、いずれかの要件が充足されるならば排除されるという競合説³と、違法が重大ならば排除されるが、例外的に排除の必要がない場合があるとする重畳説⁴が存在する。

しかし、判例上は、証拠を排除する場合には違法の重大性を認め、証拠を排除しない場合には違法の重大性を否定していることから、基本的には違法の重大性が認められれば、排除相当性も認めているものと考えられる⁵。

違法収集証拠の違法の重大性については、違法行為の客観的側面（違法行

² たとえば、最判昭和61年4月25日刑集40巻3号215頁、最決昭和63年9月16日刑集42巻7号1051頁、最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁、最決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁、最決平成15年5月26日刑集57巻5号620頁等において、捜査機関が行った行為が違法であると認定されたものの、重大な違法とは言えないとして、証拠排除法則の適用を認めなかった。

³ 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』557頁（弘文堂、1985年）、田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』359頁（弘文堂、2009年）。

⁴ 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』403頁（有斐閣、1996年）、光藤景皎『口述刑事訴訟法中〔補訂版〕』156頁（成文堂、2005年）。

⁵ 岡次郎・最判解刑事昭和53年度402頁（1982年）、朝山芳史・最判解刑事平成15年度36頁（2007年）、中谷雄二郎「違法収集証拠の排除（裁判の立場から）」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（下）』398頁（成文堂、2017年）、大澤裕＝杉田宗久「違法収集証拠の排除」法教328号71頁（2008年）。

為によって侵害された利益の性質、程度および違法行為の法規からの逸脱の度合い)、主観的側面(違反者側の事情、たとえば、違法行為の組織性、計画性、反復性、意図性、有意性、悪意の有無など)および違法行為と証拠物押収との関連性の総合的判断により決せられると解されている⁶。

一般的に、違法行為の客観的側面が重視されるべきであるとされると述べられることが多いが⁷、違法収集証拠該当性が争われている裁判例の中で、令状請求手続に虚偽記載や、虚偽の証拠が疎明資料として添付された場合に違法の重大性を認め、証拠を排除する例が相次いでいる(平成15年最判、東京高判平成28年6月24日東高刑時報67巻1～12号69頁、横浜地判平成28年12月12日判時2392号91頁、宇都宮地判平成29年5月22日判時2364号126頁、東京高判平成29年6月28日判時2402号105頁、東京高判令和元年7月16日判時2459号110頁など)⁸。

本判決法廷意見は、「警察官が、本件ビニール袋は本件車両内にもとま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搜索差押許可状及び強制採尿令状を請求した事実」を「本件事実」と呼称した上で、「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ると結論付けており、本件事実の重要性を肯定している。

また、戸倉補足意見でも、本件ビニール袋が本件車両内にあったかのようには装った事実を「違法判断の分水嶺となり得る」事実と評価している。

仮に、本判決法廷意見がいう本件事実が認定された場合、最高裁が排除相当性を肯定するか否かは明らかではない。しかし、本件ビニール袋が偽造されたとの事実が認定されたとしても、その他の事情を考慮すれば令状主義の精神を没却する重大な違法に該当する可能性はないと判断するのであれば、職権で破棄差戻しをしないと判断に至らないと考えられる。したがって、法

⁶ 石井一正『刑事実務証拠法〔第5版〕』151頁(判例タイムズ社、2011年)、増田啓祐・最判解刑事平成24年度403頁(2015年)。

⁷ 石井・前掲151頁、渡邊ゆり「違法収集証拠の排除(検察の立場から)」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(下)』382頁(成文堂、2017年)。

⁸ 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」季刊刑弁97号55頁(2019年)

廷意見及び戸倉補足意見においては、「警察官が、本件ビニール袋は本件車両内にもと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搜索差押許可状及び強制採尿令状を請求した事実」があった場合には、令状主義の精神を没却する重大な違法が認定される可能性が高いと考えていることが伺える。

私見としても、第1審本件却下決定で言及されている通り、本件車両に対する搜索差押許可状請求の時点で、仮に本件ビニール袋が本件車両内にあったという疎明資料がなかった場合には、被告人に関する違法薬物の所持等の嫌疑は未だ抽象的なものにすぎなかったものであり、搜索差押許可状が発付されない可能性もあったのであるから、当該疎明資料を偽造したことは、裁判官の判断をゆがめるものであといえるであろう。上述のとおり、平成15年最判及び令状請求手続に虚偽記載や虚偽の証拠が疎明資料として添付された場合に、違法の重大性を認め、証拠を排除する下級審判決が相次いでいることに鑑みると、本判決はその流れと軌を一にするものであり、正当である⁹。

(2) 違法収集証拠排除法則と厳格な証明・自由な証明

違法収集証拠排除法則の適用を基礎づける事実につき、どのような証明方法が採られるべきか。違法収集証拠排除法則の適用を基礎づける事実については、証拠能力に関する事実であるため、手続法上の事実該当する。

一般的に、学説上は、厳格な証明が要求される刑事訴訟法317条の「事実」は、判決で存否を判断すべき実体法上の要件事実を指すと考えられ、その中には、犯罪構成要件事実、違法性あるいは責任の有無を基礎づける事実、法律上の刑の加重、減免の原因事実が含まれるとされる。一方、情状事実や手続法上の事実自由な証明ないし適正な証明で足りるとされている¹⁰。

これに対し、実務では、情状事実や手続法上の事実も厳格な証明を要する

⁹ 佐藤・前掲155頁、内藤・前掲111頁、前田・前掲IV6項も、本件事実が違法性判断の点で、重要な事実該当することを肯定している。

¹⁰ 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』258頁（第一法規、2013年）、田宮・前掲289頁、平野龍一『刑事訴訟法』180頁（有斐閣、1958年）

と考えているのか、それとも、自由な証明で足りる事実であるが、適正手続の実現のためにできるだけ厳格な証明によるとされているのかに解釈の違いはあるものの、情状事実や手続法上の事実についても、一般的に伝聞法則の適用を前提とした扱いがなされている¹¹。

判例上、訴訟法上の事実厳格な証明が必要か否かが争われる例として、自白の任意性の問題がある。この点につき、最高裁判例では、自白の任意性立証は裁判所が適当と認める方法で行えば足りると述べ、自由な証明で足りるとしたかのように読めるものがある（最判昭和28年10月9日刑集7巻10号1904頁、最判昭和28年2月12日刑集7巻2号204頁）。しかし、当該判例の読み方については争いがあり、そもそも自由な証明によって自白の任意性を認定できるという趣旨を読み取ることは適切ではないとの指摘もなされている¹²。

以上の通り、実務運用及び学説の流れを見ても、訴訟法上の事実であつても、重要な事実については、厳格な証明に拠るのが妥当であるといえ、裁判所の裁量は広くないというべきである。本件のような違法収集証拠排除法則の適否が争点になっている場合の重要な事実についても、同様に、厳格な証明に拠ると考えるべきであろう。

本判決では、厳格な証明による必要があるか、自由な証明についての言及はない。しかし、本件ビニール袋をめぐる問題をはじめとした押収手続について、伝聞法則を適用の上、捜査官等の尋問を実施しており、少なくとも厳格な証明に基づく立証を求めたといえ、妥当である¹³。

(3) 違法収集証拠の前提事実と立証責任

では、厳格な証明に拠った上で、違法収集証拠の前提事実につき、どのように事実認定を行い、立証責任についてはどのように考えるべきか。

本件において、控訴審判決は、本件ビニール袋が本件車両内にもともとあったのか否かという事実を確定することなく、その疑いの程度が濃厚では

¹¹ 石井・前掲108頁

¹² 後藤・前掲264頁

¹³ 高平・前掲122頁、佐藤・前掲155頁

ないことを理由に、排除相当性を否定した。一方、本判決は、本件事実の重要性を肯定した上で、本件事実は確定する必要があるとし、控訴審判決の手法を否定した。この点が、本判決と控訴審の最大の対立点である。

学説上、検察官が請求した証拠の証拠能力を肯定する事実については、検察官に立証責任があるとされている¹⁴。

この立証責任の効果として、「疑わしきは被告人の利益に」の原則通り、検察官が取調請求した証拠の証拠能力に関する事実が真偽不明の場合には、その不利益は検察官に働き、被告人に有利な事実が認定される。

「疑わしいときは被告人の利益に」の原則は、明文規定はないものの刑事裁判における原理とされている（最判昭和43年10月25日刑集22巻11号961号）。そして、最高裁は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が、訴訟条件の存否についても適用があることを肯定している（最判昭和32年12月10日刑集11巻13号3197頁）。

さらに、以下の通り、下級審判決では、違法収集証拠の基礎事実の立証責任が検察官にあり、「疑わしいときは被告人の利益に」の原則が適用されることを当然の前提とした判決が出されている。

ア さいたま地判平成30年7月27日LEX/DB文献番号25561084

覚醒剤取締法違反事件につき、被告人が便意を訴えたにもかかわらずトイレへの移動を妨げ、駐車場や店舗内での排便に至った事案である。

さいたま地裁は、被告人が排便に至るに至った経緯等につき、被告人と捜査官との間で供述が食い違っている箇所について、両者の信用性を検討した後、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に照らして、被告人の供述通りの事実を認定した上で、警察官の対応は令状主義の精神を没却する重大な違法があると指摘して、鑑定書等の証拠能力を否定して、被告人を無罪とした。

イ 福岡高判平成19年3月19日高刑速集平成19年448頁

成人女性3名の連続殺人事件について、被告人の自白等を内容とする

¹⁴ 石井・前掲535頁

同人作成の上申書等については、別件起訴後の身柄拘束期間中の違法な取調べに基づいて作成させた違法収集証拠であり、その一部については任意性も認められないとして証拠能力を否定し、他の状況証拠では証明が不十分であるとして、いずれも無罪の判決をした第1審を支持し、控訴を棄却した事例である。

判旨の中で、第1審が、検察官が、S少年刑務所に移送後に作成されたものとして証拠調べ請求をした上申書について、同各上申書が上記移送後に作成されたものとは断定することはできず、疑わしきは被告人の利益に解するとの見地から、G警察署における取調べの際に作成されたものと認定し、これらについてもその証拠能力を否定せざるを得ないとしたことを是認した。

ウ 大阪地判平成18年9月20日判時1955号172頁

覚醒剤取締法違反事件につき、被告人が取調べ中、警察官より顔を殴る、机を押し出され、その角を被告人の左側胸部に強打させるという暴行を受けたと主張した事案について、大阪地裁は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用し、被告人の供述通りの暴行があったと認定した上で、当該事実を量刑上で評価した。

エ 浦和地判平成3年12月10日判タ778号99頁

覚醒剤取締法違反事件につき、被告人の尿に警察官が他人の尿を混入した疑いがあるとして、尿鑑定書の証拠価値を疑問とし、無罪を言い渡した事例について、浦和地裁は、「採尿時に他人の尿らしきものを混入させられた」という被告人の供述は、信用性に疑問の余地がないではないが、警察官の証言中にも不合理な点があり、被告人の供述を排斥することはできないと判示する中で、刑事裁判の鉄則とされる「疑わしきは被告人の利益に」の原則は本件においても尊重されなければならないと述べた。

以上の検討の通り、学説及び下級審裁判例では、少なくとも違法判断上、重要な事実については、検察官に立証責任があるとし、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の下、事実が確定されている。

本判決法廷意見は、本件各証拠の証拠能力を判断するためには、本件事実

の存否を確定する必要があるとして、控訴審判決が採った疑いの程度を考慮して証拠能力を判断する手法を否定した。

戸倉補足意見では、証拠収集に至る具体的状況を認定する必要があることに加え、「検察官が当該事実の不存在の立証責任を負い、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。」と述べられている。これは、違法収集証拠の証拠能力を基礎づける具体的事実について、検察官に立証責任があること、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用されることを認めたものである。

これに対し、法廷意見は、立証責任の所在及び「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用の有無については直接的に明言はしていないため、当該判例の射程として、違法収集証拠の証拠能力を基礎づける具体的事実について、立証責任が検察官にあるとまで述べたものと直ちに理解することはできない。

しかし、仮に立証責任が検察官以外にあるとすると、破棄差戻しをしている以上、何かしらの言及があるはずとも考えられ、立証責任が検察官にあることを前提としているというべきである。

最高裁法廷意見の立場は明確ではないものの、検察官に立証責任があり、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用があるとする方向性については、過去の最高裁判例及び下級審の裁判例の状況を踏まえても正当であるといえよう。

これに対して、控訴審判決は、本件ビニール袋が本件車両内にもともとあったという疑いの程度が濃厚ではないことを理由に、排除相当性を否定した。その判断の前提としては、昭和53年最判につき、「判断する裁判所において、その他の面では証拠能力を有する又は有し得る証拠について、将来における違法な捜査の抑制といういわば法政策的な見地に立って排除することが要請されるような状況を認めることが必要と解される。」との解釈を挙げ、「その程度にとどまる事情だけを根拠に薬物等の証拠能力を否定しても、将来における違法行為抑止の実効性を担保し得るかどうかには疑問があ」る

としている。学説の中には、当該控訴審判決を支持する見解もある¹⁵。

しかし、前述の通り、判例上、違法収集証拠として証拠を排除する場合には、例外なく「違法の重大性」を認めており、「排除相当性」については、付加的・確認的に判示するのみの裁判例が続いている。このように「違法の重大性」を重視する背景には、違法捜査の抑制という概念は立証が困難であり、アメリカでもその基準としての有用性に厳しい批判が生じていることが影響しているものと考えられる¹⁶。

既述の通り、捜査官が本件ビニール袋が本件車両内にあったかのように偽造したという事実は、その事実が肯定されたとすると、過去の判例に照らしたとき、重大な違法と判断されるべき事実である。したがって、このような事実を確定することなく、その疑いの程度に応じ、「排除相当性」を検討するという姿勢は、「違法の重大性」を重視し、「排除相当性」は付加的・確認的な基準とする過去の裁判例と合致せず、不適切なものであったといえるだろう。将来の違法行為の抑止の観点からも違法行為の内容が確定されなければ、それに対する評価をすることも困難であろう。

また、補足でも述べられている通り、疑いの程度に応じて排除要請状況の有無が検討されることになると、当事者にとって立証命題が不明確となり、審理が複雑で不安定なものとなる恐れがある。

さらに、控訴審判決の立場は、真偽不明を一定程度検察官に有利に解釈するものとも評価でき、違法収集証拠の基礎となる事実についても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用されるとの過去の判例に照らしても不当である。

以上から、本判決のとおり、少なくとも違法判断上重要な事実については、事実を確定する必要がある、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用が

¹⁵ 前掲・前田は、『警察官が後から空バケを車内においた』という事実を否定する立証ができない限り、他にどのような事情があろうとも、本件鑑定書は証拠能力を欠くとするのであれば、妥当ではない。」と述べ、将来の違法捜査の抑止の観点からは、『事実があった疑いの程度』を考慮しなければ、妥当な結論は導き得ない。」として、控訴審判決の論理を支持する。

¹⁶ 中谷・前掲398頁

あること考えるのが妥当である¹⁷。

3 結論

以上より、本判決は、違法収集排除法則の適用にあたり、令状請求手続に虚偽記載等がある場合に違法の重大性を肯定する過去の判例及び違法収集証拠の前提となる事実について、検察官に立証責任を課す一連の判例と軌を一にするものであり、正当なものである。

そして、疑いの程度に応じ、排除相当性を検討する高裁の手法を否定し、前提事実を確定すべきことを明言したことに先例的な意義がある。

以上

¹⁷ 前掲・内藤112頁、前掲・佐藤155頁、前掲・高平122頁。