

先行手続の違法と証拠排除

——「毒樹の果実」論と「違法の承継」論

高 田 昭 正*

目 次

- 1 先行手続の違法と証拠排除
- 2 アメリカ法における「毒樹の果実」論
- 3 「毒樹の果実」論の意義
- 4 最高裁判例と「毒樹の果実」論

1 先行手続の違法と証拠排除

1 捜査機関の証拠収集行為じたいに違法はない事案で、その証拠収集に先行する捜査機関の手続に違法があるとき、収集された証拠の証拠能力は否定されるだろうか。この問題に関し、最判昭和61・4・25（刑集40巻3号215頁）が「違法の承継」論によって事案を処理したとされる。覚せい剤の自己使用が疑われる被告人から採取した尿について、その鑑定書の証拠能力が問題となった事案である。被告人じしんが尿の「任意提出書」や尿検査について「同意書」を作成していたため、最高裁昭和61年判決は、「採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づき行われている」と認めた。しかし、最高裁昭和61年判決はこの外形上適法にみえる採尿手続について、先行する一連の手続の「違法の有無、程度」まで考慮に入れて、その適法性を判断すべきだとする。すなわち、「本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの

* たかだ・あきまさ 立命館大学大学院法務研究科教授

任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である」と述べた。その判断の結果として、「採尿手続前に行われた前記一連の手続には、被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、被告人宅からの任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、被告人の退去の申し出に必ず警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない」と判示した。

先行手続と証拠収集手続が「同一目的に向けられた」とか、先行手続がもたらした「状態を直接利用して」証拠を収集したとか、さらに、先行手続に引き続いて行われた証拠収集手続も「違法性を帯びる」という最高裁昭和61年判決の言葉遣いから、一般的には、「違法の承継」論¹⁾を認めた

1) 行政法分野では「違法の承継」論が正面から肯定される。たとえば名古屋地判平成2・10・31（判時1381号37頁）は、送電線設置用土地収用裁決等の取消請求事件において、「土地収用法に基づく事業認定と収用裁決は、その直接の効果は異なるものの、結局は、互いに相結合して当該事業に必要な土地を取得するという法的效果の実現を目的とする一連の行政行為である」と認め、「事業認定と収用裁決のように、先行行為と後行行為とが相結合して1つの効果を形成する一連の行政行為である場合には、以下の理由から、原則として、先行行為の違法性は後行行為に承継される」と述べた。その理由として、「先行行為の違法性は後行行為に承継され、後行行為の取消訴訟において先行行為の違法を主張できると解するのが相当である。なぜなら、この場合、法が先行行為を独立の行政行為とし、それに対する争訟の機会を設けた趣旨は、国民の権利利益に大きな影響を及ぼすような行政行為につき、その手続がより慎重に遂行されるようにすることによって、行政手続及び内容の適正さを1層強く担保しようとしたものと解することができ、したがって、先行行為が独立の行政行為であり、それに対する争訟の機会が設けられていることを理由に、違法性の承継を否定することは、右のような法の趣旨に反するものと解せられるからである」と判示した。収用裁決にたいして瑕疵がないときであっても、また、先行する事業認定について取消判決がまだないときであっても、「違法の承継」論を援用して、先行する事業認定の違法を理由に収用裁決取消を請求できることが根拠づけられた。名古屋地判

ものと解されている²⁾。そのような判例解釈の基礎には、外形上適法な手続により収集された証拠であっても、先行手続の違法を承継すると捉えることによって違法収集証拠の範疇に取り込むことができ、違法収集証拠排除法則の適用範囲が拡大するという積極的評価もあるのだろう³⁾。

しかし、最高裁昭和61年判決について、「違法の承継」論により違法収集証拠排除の射程を拡大したと積極的に評価できるのか、疑問がある。捜査機関による先行行為の違法がその後に収集された証拠の証拠能力に影響する可能性があることは、すでに「毒樹の果実」論によって肯定されてきたことであった⁴⁾。川出敏裕教授が的確に指摘されたように、「毒樹の果実」論によれば、「最終的に獲得された証拠の証拠能力を判断するためには、直接の証拠獲得手続が先行手続の違法性を承継するか否かを論じる必要はない。端的に、当該違法行為と因果関係を有する証拠が、どのような場合に、その証拠能力を否定されるのかを検討すればよい」といえた⁵⁾。それゆえ、最高裁昭和61年判決の「違法の承継」論が、もしも先行手続と「毒樹の果実」収集行為のあいだに「同一目的」かつ「直接利用」の実質的關係がない限り、違法収集証拠排除の俎上に載せないというものであれ

ㄨ 裁平成2年判決は、結論として、「本件事業認定は適法であり、したがって、また、本件〔収容〕裁決も適法である」と判示した。行政法分野の「違法の承継」論が果たす機能は、刑事訴訟法分野のそれとは異なるだろう。しかし、「違法の承継」を肯定するために先行行為と後行行為がもつべき実質的關係の内容は、参考になる。名古屋地裁平成2年判決の言葉遣いも踏まえていえば、捜査手続における「違法の承継」とは、先行手続と証拠収集行為が一体的に結びつくことによって捜査の具体的目的を完遂させようとする実質的關係を認め、その関係を根拠に先行手続の違法が証拠収集行為に承継されることをいうものとなる。

- 2) たとえば、村瀬均「先行手続の違法と証拠能力（1）」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕198頁など。
- 3) 加藤克佳「違法収集証拠排除法則」法学教室245号40頁は、「当該証拠の収集だけを孤立的に見ず一連の手続を全体として評価する方法をとった（先行手続の違法の後行手続への波及効を認めた）点で違法判断の対象を拡大している」という。
- 4) 「毒樹の果実」論について、光藤景皎『刑事訴訟行為論』〔1974〕291頁以下。
- 5) 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』〔1998〕517頁。

ば、「毒樹の果実」論にない新たな要件を追加するものとして疑問だといわねばならなかった⁶⁾。ただし、その後の最決平成7・5・30（刑集49巻5号703頁）では、「同一目的」について明示的な言及がなく、かりに黙示的に考慮されていたとしても抽象的な捜査目的という程度の意味しか認められないうえ、言及があった「直接利用」の意義については先行手続がもたらした状態を利用した外形的事実があれば足りるというかのようであった⁷⁾。そのためもあって、近時では、「同一目的」や「直接利用」は違法

6) 「毒樹の果実」排除の範囲を限定しようとする主張は、最判昭和58・7・12（刑集37巻6号791頁）における伊藤正己裁判官の補足意見にみられた。伊藤裁判官は、「違法収集証拠（第1次的証拠）そのものではなく、これに基づいて発展した捜査段階において更に収集された第2次的証拠が、いわゆる『毒樹の実』として、いかなる限度で第1次的証拠と同様に排除されるかについては、それが単に違法に収集された第1次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということのみをもつて一律に排除すべきではなく、第1次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第2次的証拠の重要さの程度、第1次的証拠と第2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ものである。本件現住建造物等放火罪を理由とする逮捕、勾留中における、捜査官に対してされた同罪に関する被告人の自白のように、第1次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関による第2次的収集証拠の場合には、特段の事情のない限り、第1次的証拠収集の違法は第2次的証拠収集の違法につながるというべきであり、第2次的証拠を第1次的証拠と同様、捜査官に有利な証拠として利用することを禁止するのは、将来における同種の違法捜査の抑止と司法の廉潔性の保持という目的に合致するものであつて、刑事司法における実体的真実の発見の重要性を考慮にいれるとしても、なお妥当な措置であると思われる。したがつて、第1審判決及び原判決が、その適法に認定した事実関係のもとにおいて、捜査官に対する被告人の各供述調書の証拠能力を否定したことは適切なものと考えられる」と述べた。「第1次的証拠収集の違法は第2次的証拠収集の違法につながる」場合にかぎり「毒樹の果実」の証拠能力を否定しようとする趣旨がうかがえる。「違法の承継」に類似した言葉遣いが、「毒樹の果実」排除の範囲を限定する文脈で用いられたことに注目しておきたい。

7) 最決平成7・5・30（刑集49巻5号703頁）は、「本件採尿手続についてみると、右のとおり、警察官が本件自動車内を調べた行為が違法である以上、右行為に基づき発見された覚せい剤の所持を被疑事実とする本件現行犯逮捕手続は違法であり、さらに、本件採尿手続も、右一連の違法な手続〔自動車捜索、現行犯逮捕〕によりもたらされた状態を直接利用し、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びるといわざるを得ない」と判示した。信号が青色に変わったのに発進しない自動車を警察官が認め、運転者が寝ているか酒を飲んでいるのではないかという疑いを持ち、本件自動車を運転していた被告人に対し職務質問を開始したという事案であった。この職務質問の当初から覚せい剤事犯の捜査ないし証拠収集の「同一目的」があったと認定することは困難であるほか、違法手続

の承継を判断する「指標」にすぎず、「違法の承継の判断場面における因果関係の判断要素というべきもの」と捉える立場が一般的になっている⁸⁾。しかし、「違法の承継」論の理論枠組みを援用するかぎり、違法を承継させるに足る実質的關係の存在が前提とされるはずであり、その意味で排除要件や考慮要素の内容も厳格なものになってしまうのではないか。

もっとも、最高裁昭和61年判決の事案については、「毒樹の果実」論を適用できない理論的理由があったかもしれない。なぜなら、わが国では「毒樹の果実」論における「毒樹」の意味について、捜査機関の違法行為じたいでなく、その捜査機関の違法行為から直接に収集された証拠、その意味で第1次の違法収集証拠が「毒樹」だとされたからである（以下、第1次の違法収集証拠をたんに「第1次証拠」という）。この第1次証拠にもとづいて収集された第2次の証拠（以下、「第2次証拠」という）が、「毒樹の果実」とされた⁹⁾。この「毒樹」ないし「毒樹の果実」の理解によ

ゝとされた自動車捜索も覚せい剤発見がその目的であって採尿目的ではなく、現行犯逮捕も覚せい剤所持を理由とするものであって採尿目的の逮捕行為とは認められなかった。そのため、「同一目的」について明示的な言及がなかったといえよう。もしも「同一目的」が黙示的に考慮されていたとしても、それは抽象的な捜査目的という程度の意味しかもたないだろう。また、言及があった「直接利用」の判断についても、採尿手続が「一連の違法な手続〔自動車捜索、現行犯逮捕〕によりもたらされた状態」、すなわち捜索や逮捕の強制処分がもたらした影響や強制的雰囲気などを「直接利用」したと認めながら、最高裁平成7年決定は、採尿手続じたいは「何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思による応諾に基づいて行われている」とも述べており、ちくはぐな認定となっている。「直接利用」の意義も、先行手続がもたらした状態を利用した外形の事実があれば足りるというかのようであった。

8) 村瀬・前掲199頁。このほか、朝山芳史・最判解刑事篇平成15年度40頁も、最高裁昭和61年判決以降の最高裁判例の展開も踏まえて、最高裁判例は「後行手続が先行手続の違法の影響を受ける場合を『同一目的』、『直接利用』の双方が満たされる場合に限定したものではないと解され、『同一目的』、『直接利用』というメルクマールは、後行手続の違法性を判断する基準として絶対視する必要はなく、因果関係の判断の中に解消するのが適当であると考えられる」と述べた。

9) 筆者じしんが、かつて川端 博・田口 守一編『基本問題セミナー・刑事訴訟法』〔1994〕の執筆担当部分（25「違法収集証拠の排除法則」）で、違法収集証拠物じたいを「毒樹」と表現した（前掲書268頁）。最近では上口裕教授も、『刑事訴訟法〔第3版〕〕〔2012〕

れば、最高裁昭和61年判決の事案では捜査機関による立入り、連行、留め置きという一連の手続からなら「毒樹」たる第1次証拠が収集されていない以上、その後採取された尿やその鑑定書も「毒樹の果実」にあたらなことになる。そうであれば「毒樹の果実」論は捜査機関の違法な先行行為から証拠が収集されなかった場合を適用外に置くことになるため、補完的に「違法の承継」論の新たな理論枠組みが必要とされたのかもしれない¹⁰⁾。

2) しかし、上述の「毒樹」ないし「毒樹の果実」の理解したいについて、見なおしが必要ではないか。なぜなら、「毒樹」とは、本来、証拠を「毒する」「汚す」ことになる捜査機関の違法行為じたいを意味するはずだと思われたからである¹¹⁾。また、そもそも第1次証拠が存在しない「毒樹の果実」の類型もあると思われた。たとえば、違法な別件捜索により、被害者の遺体を埋めた場所を撮影した写真を捜査機関が発見したとき、別件の証拠ではないために写真を差し押さえなかった——すなわち、第1次証拠として収集しなかった——としても、その写真から得た知識・情報にもとづいて発見した被害者の遺体は「毒樹の果実」になるのではないか。もしも写真が第1次証拠として違法に差し押さえられていれば、発見された遺体が「毒樹の果実」たる第2次証拠になることに異論はないだろう。しかし、写真が差し押さえられず、その写真から得た知識・情報だけを利用したとき、「毒樹」たる第1次証拠が存在しない以上、発見された遺体

∨503頁において、「違法な手続で収集された証拠（第1次証拠＝毒樹）が排除される場合は、それに基づいて得られた証拠（第2次証拠＝毒樹の果実）も排除される」と述べられている。

10) ただし、「違法の承継」論じたいは、違法な先行行為から証拠が収集されなかった場合だけでなく、違法な先行行為から第1次証拠が収集されたのち適法な後行行為から第2次証拠が収集された場合についても、その射程におさめる理論枠組みであった。その意味で「違法の承継」論は、「毒樹の果実」論のたんなる補完物ではない。むしろ、「毒樹の果実」論に代わろうとする理論枠組みであった。

11) 緑大輔『刑事訴訟法入門』[2012] 298頁が、「アメリカの『毒樹の果実』論における『毒樹』とは、違法行為そのものを指〔す〕」と指摘する。

も「毒樹の果実」になりえないとか、第1次証拠とするほかないというのは形式的な理解にすぎないか。第1次証拠が存在しない「毒樹の果実」の類型もあり¹²⁾、それを狭義の派生証拠と呼んで、名称だけ区別しておけばよいのではないか。そう考えるとき、最高裁昭和61年判決の事案についても、「毒樹の果実」論を当然に適用できることになる。

このような疑問ないし理解は、正鵠を射たものだろうか。本稿では、この点を確認するため、かつ、その目的に限ってアメリカ法の「毒樹の果実」論を参照する。アメリカ法の「毒樹の果実」理論については光藤景皎教授の優れた研究¹³⁾があり、小早川義則教授の浩瀚な研究¹⁴⁾があることはいうまでもない。本稿も、それら教授の著作を繰り返し参照しながら、限られた問題に絞り込んで、考えた結果をかたちにしたものにすぎない。

2 アメリカ法における「毒樹の果実」論

1 アメリカ法において、捜査機関による先行行為の違法がその後に収集された証拠の証拠能力に影響することを明らかにし、同時に、「独立入手源の例外則」を認めた最初の連邦最高裁判例が1920年シルヴァーソン判決 (Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385) であった。シルヴァーソン父子の逮捕中に、ふたりの経営する企業の事務所が違法に搜索され、事務所内の書類はすべて押収された。押収された書類は還付されるが、重要書類について写真や複写がとられ、その写真や複写物から得た「知識 (knowledge)」にもとづき正式起訴がなされた。大陪審面前への書類原本の提出を命令する罰則付召喚令状 (subpoena) が発付さ

12) 川出・前掲論文527頁は、アメリカ法の毒樹の果実論について、「第1次証拠に基づいて派生証拠が獲得されたという類型だけではなく、第1次証拠が存在しない類型、例えば、違法な身柄拘束中の取調べによって得られた自白の証拠能力といった問題も扱われている」と指摘する。

13) 光藤景皎『刑事訴訟行為論』〔1974〕291頁以下。

14) 小早川義則『毒樹の果実論』〔2010年〕。とくに、309頁以下。

れ、提出を拒絶したシルヴァーソン父子に対し裁判所は令状に従うよう命令する。しかし、シルヴァーソン父子はこの命令にも従わなかったため、法廷侮辱罪にあたとされた。訴追側は、違法に押収し還付すべき書類であっても、その写真や複写物から得た知識を利用し（avail）、あらためて原本の提出を求めることはできると主張した¹⁵⁾。

これに対しシルヴァーソン判決の法廷意見は、「一定の方法による証拠の収集を禁止する〔合衆国憲法第4修正〕条項の真髄は、収集された証拠を裁判所面前で使用してはならないというだけでなく、その証拠はどんなかたちでも使用されてはならないということにある（The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all）」¹⁶⁾と判示し、訴追側主張を斥ける。なお、法廷意見はつぎのようにも判示した。違法収集証拠から知った事実について、これをおよそ法廷に顕出できないのではなく、「独立した源からその事実を知ったのであれば、他の事実と同様に、立証の対象とされてよい。しかし、みずからの違法行為によって得た知識については、訴追側が本件で求めたような方法で〔その知識を〕使用することはできない（If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed）」¹⁷⁾と。

このシルヴァーソン判決において、違法な搜索・差押えにより収集した第1次証拠（違法押収書類とその写真・複写物）の証拠能力が否定されるだけでなく、その第1次証拠から得た知識にもとづき第2次証拠（書類原本）を収集することじたいが禁止され、従って、その第2次証拠の証拠能力も否定されるべきことが明らかにされた。「毒樹の果実」の証拠能力を

15) *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 3385 (1920), at 391.

16) *Id.* at 392.

17) *Id.* at 392.

否定する理論の基本的枠組みがつくられたといえる。

2 ただし、「毒樹の果実 (a fruit of the poisonous tree)」という表現
じたいは、連邦最高裁の1939年第2次ナードン判決 (Nardone v. United
States, 308 U.S. 338) ではじめて用いられた。この第2次ナードン判決は、
「稀釈の例外則」を明示的に認めた連邦最高裁判例としても重要である。

アルコール飲料の密輸・隠匿について、共謀関係にあると疑われた被告
人らの電話通話が連邦捜査官によって違法に傍受された。第2次ナードン
判決に先立つ、1937年第1次ナードン判決 (Nardone v. United States, 302
U.S. 379) において連邦最高裁は、電話通話を違法に傍受した者が連邦捜
査官であり、かつ、その連邦捜査官が傍受した通話内容を公判廷で証言す
る場合であっても、送信者が認めない通信の傍受および傍受した通信の存
在・内容・目的などの漏洩を禁止した連邦通信法 (Communications Act
of 1934, 47 U.S.C.) 605条の規定にかんがみ、連邦捜査官の公判廷証言は
違法収集証拠として排除されねばならないと判示した。破棄・差戻後の第
1審では、連邦捜査官ではなく、連邦捜査官の傍受した電話通話から判明
した事件関係者が証人として公判廷に召喚され、電話通話と同一内容の事
実について、証言を行う。第2次ナードン判決では、この事件関係者の公
判廷証言について、証拠能力が問題とされた。すなわち、違法に傍受した
電話通話から得た知識ないし「情報 (information)」を利用することによ
り訴追側が法廷に召喚できた証人についてまで、その公判廷証言の証拠能
力を否定すべきかどうか問題とされた¹⁸⁾。連邦捜査官は違法に傍受し
た通話内容を「みずからの胸にしまい込んで」¹⁹⁾ 一言も漏洩しておらず、
ただ、その情報を捜査に活用しただけだともいえたからである。

第2次ナードン判決の法廷意見は、次のように判示する。「本裁判所は
〔第1次ナードン判決において〕、論理的関連性をもつ証拠であっても、『倫
理的基準に反し、個人の自由を破壊するものであるために』、議会が〔通

18) Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939), at 339-340.

19) United States v. Nardone, 106 F.2d 41 (1939), at 44.

信の傍受や傍受結果の漏洩を禁止した連邦通信法605条の法的効果としてその証拠能力を否定したものと認めた。〔中略〕 そのように捉えられた〔証拠収集〕方法について、その直接の使用を禁止しながら、間接的な使用をなんら制約しないのであれば、まさに『倫理的基準に反し、個人の自由を破壊する』とされたそれら〔証拠収集〕方法を奨励することにしかないであろう（To forbid the direct use of methods thus characterized, but to put no curb on their full indirect use, would only invite the very methods deemed “inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty.”）。シルヴァーソン判決で述べられたことは、脈絡が異なっても、本件にあてはまる。すなわち、『一定の方法による証拠の収集を禁止する〔合衆国憲法第4修正〕条項の真髄は、収集された証拠を裁判所面前で使用してはならないというだけでなく、その証拠はどんなかたちでも使用されてはならないということにある』²⁰⁾ と。また、法廷意見は、「独立入手源の例外則」を認めたシルヴァーソン判決の上記判示を引用したのち、つぎのようにいう。「実務において、この〔シルヴァーソン判決の判示の〕一般的な言い方は、具体的な〔例外則適用の〕複雑さを覆い隠すものとなりうる。〔そうであっても、〕こみいった議論を経て、違法な通信傍受により得られた情報が原因となって訴追側の立証を結果させたのだと判明するかもしれない。〔そのときは、独立入手源の例外則は適用されない。〕しかしながら、良識の問題として、〔違法な通信傍受による〕汚れを消し去るほどに、そのような因果関係が稀薄化したものになっていることもあるだろう。〔そのときは、「毒樹の果実」ではあっても、稀釈の例外則を適用し、その証拠能力が肯定される』²¹⁾ と。なお、因果関係が稀薄化し、汚れが稀釈されたか否かの判断は、「経験ある〔第1審の〕公判裁判官に委ねるべきことである（ought to be within the reach of

20) Nardone v. United States, 308 U.S. 338, at 340-341.

21) *Id.* at 341.

experienced trial judges)』²²⁾とも判示された。

第2次ナードン判決は、事案の処理としては、通信傍受が違法に行われたことが明らかな本件では、「公判裁判官は、自己に不利益な検察側証拠の重要部分が毒樹の果実である (a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree) ことを立証する機会を——狭く限定されたものであっても——被告人に与えなければならない。この被告人側の立証に次いで、訴追側の証拠が独立の源 (independent origin) に由来することを公判裁判所に確信させる十分な機会を、訴追側にも与えることになる』²³⁾と述べ、原審の第2巡回区連邦上訴裁判所の1939年判決 (United States v. Nardone, 106 F.2d 41) を破棄し、事件を連邦地方裁判所に差し戻した。

第2次ナードン判決は、「倫理的基準に反し、個人の自由を破壊するために」違法とされた証拠収集方法について、その「間接的な使用」ないし「派生的な使用 (derivative use)」²⁴⁾を制約すべきだと判示した。「間接的な使用」ないし「派生的な使用」を制約するとは、具体的には、違法な電話傍受から判明した事件関係者が訴追側証人として証言したとしても、その証言の証拠能力が否定されることを意味した。すなわち、捜査機関の違法行為 (違法な電話傍受) から得た知識や情報を利用し、その意味で違法行為が間接的原因となって法廷に顕出された証拠 (事件関係者の公判廷証言) を「毒樹の果実」として排除するものであった。ちなみに、第2次ナードン判決の原判決である第2巡回区連邦上訴裁判所の1939年判決 (United States v. Nardone, 106 F.2d 41) では、「通信を傍受した結果として間接的に収集された」証拠という言葉遣いがなされた²⁵⁾。

この第2次ナードン判決に対する解釈としては、やはり、違法に電話通

22) *Id.* at 341.

23) *Id.* at 341.

24) *Id.* at 340.

25) United States v. Nardone, 106 F.2d 41, at 42.

話を傍受した連邦捜査官の公判廷証言を「毒樹」と捉えたというより、違法な電話傍受行為じたいを「毒樹」と捉えたというほうが素直な理解であろう。すなわち、連邦捜査官が違法に傍受した通話内容を公判廷で報告することは、違法な電話傍受行為という「毒樹」から直接に生じた結果として禁止される。違法な電話傍受から判明した事件関係者を証人として公判廷で証言させることは、「毒樹」から間接的に生じた結果として禁止される。第1次証拠（通話内容を報告する連邦捜査官の公判廷証言）と第2次証拠（通話内容と同一事実を叙述する事件関係者の公判廷証言）の収集については、違法行為を直接利用した結果か、間接的に利用した結果かという違いがあり、かつ、その違いしかないといえた。

3 「包括的な毒樹の果実論を展開」²⁶⁾した重要な連邦最高裁判例が1963年ワン・サン判決（Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471）であった。

逮捕されヘロインを発見されたウェイ（Hom Way）が、ヘロインはレヴェンワース通りにある洗濯屋主人の「黒のトイ（Blackie Toy）」から昨晩買ったと供述したため、この供述にもとづき6、7名の麻薬取締官が早朝6時にレヴェンワース通りの洗濯屋に赴く。ドアには「オイの洗濯屋（Oye's Laundry）」と表示されていた。顧客を装った中国人捜査官に対しトイ（James Wah Toy）が、営業時間前だから8時に来てくれと言ってドアを閉めようとしたとき、中国人捜査官が麻薬取締官であることを告げた。トイはいきなりドアを閉め、店内を通過して奥の居住部分に逃げこんだ。麻薬取締官らはドアを破り、トイの妻と子どもが就寝している寝室までトイを追いかけ、ベッド横の机引出に手をやったトイに拳銃をつきつける。引出から手を引き出させ、逮捕したトイに手錠をかける。引き続き搜索が行われたが、引出にはなにもなく、住居内から麻薬類はなにも発見されなかった。逮捕した寝室でヘロイン譲渡の事実を追及したところ、トイ

26) 小早川・前掲書322頁。

は「自分は売っていない。麻薬を持っているのはジョニー (Johnny) だ」と供述し、11番街にあるというジョニーの居宅の特徴を説明した。11番街のジョニー・イー (Johnny Yee) の居宅に急行した麻薬取締官らは、居宅内に立ち入り寝室にいたイーを発見する。口論があったのち、結局イーは机の引出からヘロインの入った筒を複数取り出し、麻薬取締官に任意提出した。トイとイーは麻薬取締官事務所に連行され、イーが「ヘロインを持ちこんだのはトイともう1人、『シー・ドッグ』のあだ名の中国人だ」と供述し、トイが「それはワン・サンだ」と供述した。近所まで連行されたトイがワン・サンの居室のある集合住宅を指さしたため、捜査官が呼び鈴を押し、出てきたワン・サンの妻に麻薬取締官であることを告げ、「夫のワンはどこだ」と尋ねた。妻が「奥の部屋で寝ている」と答えたため、麻薬取締官らは集合住宅内の階段を上がり、ワン・サンの居室に立ち入って寝室でワン・サンを逮捕した²⁷⁾。

このような事実関係の下で連邦最高裁のワン・サン判決は、ヘロインの購買者にすぎず信頼に足る情報提供者ではないウエイの供述——しかも、被疑者を一義的に明示しない不明確な供述——にもとづき、また、前科・前歴や公的記録などを照会して「黒のトイ」を絞り込もうとすることもなく行われたトイの逮捕は、相当な理由 (probable cause) を欠き、違法だと判示した。また、トイの逃走が罪を犯した疑いを強めさせたという訴追側の主張についても、捜査官が来訪の権限や目的を明確に告知しなかった本件では、トイの逃走は無法な立入を拒みたい気持ちの表れ以上のものではなく、罪を犯した意識 (guilty knowledge) の徴憑にならないなどと判示し、これを斥けた。そのうえで、違法逮捕時のトイの供述の証拠能力について、つぎのように判示する。「寝室におけるトイの供述が、取締官の違法行為の『果実』 (“fruits” of the agents’ unlawful action) だと判断されるときは、その証拠能力を否定されねばならない。住居の神聖およ

27) Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963), at 474-475.

び身体の不可侵性に関する基本的な憲法上の保障を実効的なものとするため〔中略〕、本裁判所は、ほぼ半世紀前に〔1914年ウィークス判決において〕、違法な捜索によって押収された証拠は、その違法捜索の被害者に不利益な証拠とすることはできないと判示した。〔中略〕この排除による証拠禁止（exclusionary prohibition）は、そのような侵害の直接の結果と同様に間接的な結果（the indirect as the direct products）にも及ぶ。シルヴァーソン判決の法廷意見を執筆したハウズ裁判官は、違法な捜索によって得た情報について、これを訴追側が、違法に閲覧したその書類の原本を〔違法捜査の〕被害者に強制提出させる（subpoena）ために使用してはならないと判示するさいに、この〔毒樹の果実まで排除する〕広範な排除法則（the broad exclusionary rule）のポリシーを簡潔に表現した。すなわち、『一定の方法による証拠の収集を禁止する〔合衆国憲法第4修正〕条項の真髄は、収集された証拠を裁判所面前で使用してはならないというだけでなく、その証拠はどんなかたちでも使用されてはならないということにある。』²⁸⁾と。ワン・サン判決は、この判示につづけて、「独立入手源の例外」を認めたシルヴァーソン判決の判示部分も引用したうえで（詳細は省略。本章の1参照）、違法逮捕時のトイの供述の証拠能力を否定する。関連の判示はこうであった。「証拠排除法則は伝統的には、違法な〔住居〕侵入中に収集された、または、その〔住居〕侵入の直接の結果として収集された物質的な有形物について、その証拠能力を否定してきた。〔しかし、それにとどまらず、連邦最高裁の1961年〕シルヴァーマン判決（*Silverman v. United States*, 365 U.S. 505）²⁹⁾の判示では、〔合衆国憲法〕第4修正条項の保護が、伝統的な『書類および所持品』の押収と同様、口

28) *Id.* at 484-485.

29) 盗聴用マイクを隣室壁の割れ目から暖房用ダクトに接触させ、ダクトを反響板（sounding board）として利用し、室内の会話を盗聴した事案について、連邦最高裁のシルヴァーマン判決は、物理的侵入（physical invasion）があったことを理由に合衆国憲法第4修正条項違反を認め、盗聴した会話内容を報告する捜査機関の公判廷証言について、その証拠能力を否定した。

頭の供述を盗み聞くことに対しても及ぶことが明らかにされた。同様に、違法な〔住居〕侵入中に観察された物件に関する証言についても、〔第1巡回区連邦上訴裁判所の1955年〕マクギニス判決 (McGinnis v. United States, 227 F.2d 598)³⁰⁾ において、憲法の基本的ポリシーを実現するため、その証拠能力が否定された。こうして、本件における麻薬取締官の行為のような違法な立入りと権限なき逮捕から直接に派生する供述証拠 (verbal evidence which derives so immediately from an unlawful entry and an unauthorized arrest as the officers' action in the present case) は、不当な〔住居〕侵入の有形的果実——通常はこの有形的果実が多い——に劣らず、捜査官憲の違法行為の『果実』にあたる³¹⁾ と。「毒樹の果実」であるトイの供述について、ワン・サン判決は「稀釈の例外」に該当しないと判示する。「訴追側は、寝室において麻薬取締官にしたトイの供述について、違法と認められた〔住居〕侵入に接着してなされたものであるが、それにもかかわらず、『〔逮捕と供述の〕あいだに介在した〔トイの〕自由意思による独立の行為』に基づきなされたものであるために、その証拠能力が肯定されると主張する。しかしながら、この主張は、本件の状況を説明するものとしては不十分である。6、7名もの取締官がドアを押し開け、妻と子どもが就寝している寝室まで、トイの後を追いかけた。トイは、ほとんどその直後に、手錠をかけられ逮捕された。このような状況のもとで、〔供述した〕トイの対応について、違法な〔住居〕侵入による当初の汚れを除去するために十分な、自由意思による行為であったと推

30) 搜索すべき場所を「カンタベリー所在の某所有納屋」と記載した搜索許可状により、ニューハンプシャー州警察調査部長や合衆国財務省調査官らが通称ホーズ農場の納屋を搜索した事案について、第1巡回区連邦上訴裁判所のマクギニス判決は、搜索場所を明示しない本件令状を無効として、この違法な搜索により差し押さえられた物件の証拠能力を否定しただけでなく、違法搜索中に観察した物件に関する捜査機関の証言の証拠能力を否定し、さらに、右証言を疎明資料として発付された令状により差し押さえられた証拠物の証拠能力も否定した。

31) Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, at 485.

認することは不合理である」³²⁾、と。

なお、ワン・サン判決では、イーが任意提出したヘロインの証拠能力も問題とされた。ワン・サン判決は、公判裁判所に対し検察官じしんが「トイの助力がなければ、麻薬を発見してはいなかった」と認めており、「独立入手源の例外」にはあたらないとしたうえで、「警察の違法行為と〔証拠能力が〕問題とされた証拠の収集〔行為〕との結びつき（connection）が、『汚れを消し去るほどに、稀薄化したものになっている』ような事案でもない」³³⁾と判示し、「警察の行為がなければ明らかにならなかったであろうというだけの理由で、その証拠がすべて『毒樹の果実』になるという必要はない」、「適切な問いかけは、『基本となる違法行為（primary illegality）が立証されたときは、異議申立のあった証拠がその違法行為を利用して得られたのか、それとも、最初の汚れを除去したと十分に認められる手段によって得られたのかどうか』である。本件麻薬が『その違法行為を利用して得られた』ものであり、それゆえ、トイに対し証拠とすることができないことは明らかである」³⁴⁾と結論した。すなわち、イーによる任意提出物のヘロインについても、トイの違法逮捕を「毒樹」とする「果実」にあたり、「稀釈の例外則」も適用されないとして、その証拠能力を否定したのであった。

また、トイの供述により逮捕されたワンは、アレインメント後に保証誓約書（recognizance）を提出して釈放されており、その後、麻薬取締官の許に任意に出頭し、みずから供述していた。ワン・サン判決は、ワンの逮捕が違法であることを認めたとうえで、麻薬取締官前でなされたワンの供述はその違法逮捕の「果実」ではなく、その供述を録取した調書も、無署名ではあっても、証拠能力を肯定できると結論した³⁵⁾。なぜなら、逮

32) *Id.* at 486.

33) *Id.* at 487.

34) *Id.* at 488.

35) *Id.* at 491.

捕後に釈放された事実や麻薬取締官の許に任意に出頭した事実にかんがみ、「〔ワン・サンの〕逮捕と供述のあいだの結びつきは『汚れを消し去るほどに、稀薄化したものになっている』」³⁶⁾からであった。

本稿の関心からは、ワン・サン判決が、違法逮捕中に捜査機関が得たトイの供述についても、「毒樹の果実」の範疇で捉え、その証拠能力を否定したことが重要であった。逮捕時のトイの供述について、ワン・サン判決は「取締官の違法行為の『果実』」と述べ、「毒樹」が捜査機関の違法行為であることを文言上も明らかにした。また、ワン・サン判決の事案では、トイを違法に逮捕した麻薬取締官の先行行為とトイの供述を引き出した証拠収集行為が区別され、違法な先行行為じたいは証拠収集行為でないため第1次証拠が存在しなかったこと、さらに、トイの逮捕から得た知識や情報を利用したのではなく違法に身体を拘束した事実状態を利用して供述が引き出されたことが特徴であった。ワン・サン判決は、そのような事案にも「毒樹の果実」論が適用されることを明らかにした。すなわち、違法な身体拘束の事実状態の下で獲得された供述証拠についても、違法な先行行為から派生した「果実」と捉えられ、その証拠能力が否定されたのであった。

3 「毒樹の果実」論の意義

1 「毒樹の果実」論は、捜査機関の違法な先行行為が、その後に収集された証拠の証拠能力を否定する理由になることを認める。2で確認できたように、その「毒樹」とは捜査機関の違法な先行行為じたいであった。この点を明確にしたとき、「毒樹の果実」論の意義も明確になる。

捜査機関が違法に収集した第1次証拠にもとづき収集された第2次証拠が、典型的な「毒樹の果実」であることはいうまでもない。2で管見したアメリカ法の言葉遣いにならえば、第1次証拠は捜査機関の違法行為の直

36) *Id.* at 491.

接の結果として収集されたものであり、「毒樹の果実」たる第2次証拠は違法な先行行為から派生する間接的結果として収集されたものであった。さらに、違法な先行行為が証拠収集行為でなくとも、その先行行為から派生して収集された証拠については、「違法な先行行為から派生する間接的結果として収集された」点で第2次証拠と同じであり、やはり「毒樹の果実」としてその証拠能力が否定されねばならない。この「毒樹の果実」の類型を、前述したように、以下、狭義の派生証拠と呼んでおく。

違法収集証拠である第1次証拠の証拠能力を否定する証拠法則が定立されたときは、あわせて、「毒樹の果実」たる第2次証拠や狭義の派生証拠についても、その証拠能力が否定されねばならない。なぜなら、第1次証拠を排除したとしても、「毒樹の果実」たる第2次証拠や狭義の派生証拠の証拠能力を肯定するのであれば、捜査機関の違法行為を「利用」して証拠の収集が行われるという問題状況は——「直接の利用」と「間接的な利用」の違いはあっても——つづくことになるからである。その問題状況がつづく限り、「憲法上の保障」、「司法の廉潔性」、「違法捜査の抑止」という違法収集証拠排除法則がよってたつ理念ないし政策じたいも損なわれつづけるといわねばならない。この意味で、違法収集証拠排除法則は、第1次証拠とともに、「毒樹の果実」たる第2次証拠および狭義の派生証拠をあわせ排除してはじめて、証拠法則として完全なものになるといえる。それゆえ、「毒樹の果実」排除は第1次証拠排除のたんなる波及的効果³⁷⁾として認められるものではない。それは、狭義の派生証拠が排除されねばな

37) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』[1996] 405頁は、「毒樹の果実」の問題を第1次証拠排除の「波及効」の問題とする。波及効とは、ドイツ法の用語（Fernwirkung）に倣ったものであろう。ドイツ法では、証拠の収集・提出禁止に違反して獲得された証拠について使用禁止が肯定されるとき、その使用禁止の効果が「当該証拠収集・提出の禁止に反して獲得された直接の証拠のみに限らず、更に、その証拠に基づいて間接的に得られた証拠にまで及ぶか」（井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』[1985] 296頁以下）が問題とされ、波及効の問題と呼ばれる。しかし、「波及効」論は第1次証拠の収集を前提とするために、狭義の派生証拠まで排除する「毒樹の果実」論に代わるものではない。その意味で両者を同一視できない。

らないことから明らかであろう。第1次証拠の排除と第2次証拠の排除、そして狭義の派生証拠の排除は、それぞれがひとしい重要性をもって違法収集証拠排除法則の内容となるものであった。

2 このように「毒樹の果実」排除の意義を捉えたとき、最高裁昭和61年判決について「違法の承継」論を認めたものと解する立場の問題点も明らかになる。その趣旨はこうである。

「違法の承継」論が適用される事案は、本来、「毒樹の果実」論が適用されるべき事案であった。アメリカ合衆国の連邦最高裁ワン・サン判決は、トイの違法逮捕時に外形上は任意になされたトイじしんの供述について、「毒樹の果実」としてその証拠能力を否定した。違法な身体拘束の事実状態を利用してトイから「毒樹の果実」となる供述が引き出されたワン・サン判決の事案は、違法な立入り、連行、留め置きによる事実上の身体拘束状態を利用して被告人から尿が採取されたわが国の最高裁昭和61年判決の事案と類似する。その対比からも最高裁昭和61年判決における尿とその鑑定書が、「毒樹の果実」たる狭義の派生証拠にあたることは明らかであろう。

「毒樹の果実」たる狭義の派生証拠まで排除されることにより、違法な先行行為から得た知識や情報を利用したり、違法な先行行為がもたらす事実状態を利用した証拠収集行為じたいが禁止されることも明らかになる。その意味で、「毒樹の果実」排除の射程は広いことが認められるべきである。ただし、「毒樹の果実」たる第2次証拠ないし狭義の派生証拠は、先行する捜査機関の違法行為から区別されるそれじたいは適法な手続によって収集された。そのために、第1次証拠の排除法則には認められない特別な例外則が適用されるものとなる。すなわち、「稀釈の例外則」、「独立入手源の例外則」、そして「不可避的発見の例外則」が適用される³⁸⁾。「毒樹

38) 例外則が肯定されるのは、第1に、捜査機関の違法行為と「毒樹の果実」との結びつき——因果関係——が稀薄になって、違法行為による「汚れ」は除去されたといえる場合である。「稀釈の例外則」と呼ぶ。その典型的事例は、違法な捜索・差押え（毒樹）に

の「果実」たる第2次証拠および狭義の派生証拠については、証拠能力の原則的否定と例外的肯定という理論枠組みがつけられたということもできよう。このことのもつ意義を認めるとき、「毒樹の果実」論に代わる理論枠組みである「違法の承継」論を認めようとする立場の問題点も明らかになる。すなわち、「違法の承継」論は、「毒樹の果実」たる第2次証拠や狭義の派生証拠の証拠能力を原則的に否定する立場をとらない。すでに本稿1

よって収集された書類（第1次証拠）からその存在が判明した目撃者が、後にみずからの意思で公判廷に出頭し、証言するような場合である。目撃者の公判廷証言（第2次証拠）が「毒樹の果実」になるが、証言台に立つという目撃者じしんの主体的決定によって、「汚れ」は除去されたといえ、証拠能力が肯定される。

第2に、捜査機関の違法行為とは関係しない独立の収集過程を経て、「毒樹の果実」が獲得された場合である。「独立入手源の例外則」と呼ぶ。たとえば、違法な搜索・差押え〔毒樹〕によって収集された被告人の書類（第1次証拠）から、大麻草の栽培場所が判明したが、その情報じたいは、別の捜査機関が適法に取り調べた参考人からすでに取得されており、その参考人の情報にもとづき大麻草（第2次証拠）が発見され、収集された場合である。このほか、違法な立入り・搜索の行為（毒樹）によって捜査機関が証拠物を発見したが、差し押さえることはせずに、その立入り・搜索の前にすでに請求していた搜索・差押え許可状の発付を待って、あらためて搜索を行い、その証拠物〔派生証拠〕を差し押さえたという場合にも、「独立入手源の例外則」が適用される。なぜなら、違法な立入り・搜索によって得られた情報（証拠物の存在）は、搜索・差押え許可状の請求についてもなんら影響を及ぼしていないからである。

第3が「不可避的発見の例外則」である。「不可避的発見の例外則」とは、捜査機関の違法行為が間接的原因となって収集された「毒樹の果実」が、かりにその違法行為がなかった——すなわち、捜査機関の違法行為を「利用」しなかった——としても、発見ないし収集されたであろう高度の蓋然性が認められる場合には証拠能力を否定しないというものである。たとえば、捜査機関の違法な搜索・差押え（毒樹）により収集された書類（第1次証拠）にもとづき、その捜査機関じしんが被害者の遺体（第2次証拠）を発見したが、被害者の遺体が放置された場所付近については、違法な搜索・差押えとまったく関係なく、適法な検索ないし令状による搜索が別の捜査機関によってすでに行われており、被害者の遺体はその別の捜査機関によっていずれ発見されたであろうという場合である。この「不可避的発見の例外則」を認める考え方は、実質的には、上述した「独立入手源」を仮定することができる場合に「毒樹の果実」の証拠能力を肯定するものになる。そのため、「不可避的発見の例外則」は「仮定的な独立入手源の例外則」とも呼ばれる。なお、「不可避的発見の例外則」を適用したアメリカ合衆国の連邦最高裁判例として著名なのは、*Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)であった。この1984年ウィリアムズ判決の内容とその意義について、小早川・前掲書368頁、458頁、500頁以下参照。

で述べたように、違法を承継させるに足りる実質的關係の存在が積極的に認められたときにかぎり、例外的に第2次証拠や狭義の派生証拠の排除を認めることになる。証拠能力の原則的肯定と例外的否定という理論枠組みをとる「違法の承継」論は、「毒樹の果実」排除の要件や考慮要素の内容を厳格化させるための理論枠組みであり、その意味で、証拠排除の範囲を狭める機能をもつといわねばならない。

「毒樹の果実」論と「違法の承継」論は併存できるという考え方もあるかもしれない³⁹⁾。しかし、上述した「違法の承継」論の意味ないし機能にかんがみる限り、「違法の承継」論を採るべきではない。わが国の最高裁判例についても、「違法の承継」論の枠組みで捉えるのではなく、「毒樹の果実」論の枠組みで捉えなおし、その要件や考慮要素などをあらためて検討の俎上に載せることが必要であると思う。この観点から、本稿の最後に、捜査機関の重大な違法行為と密接に関連する尿とその鑑定書について、その証拠能力を最高裁がみずから否定した最判平成15・2・14(刑集57巻2号121頁)の意義について検討し、また、「毒樹の果実」たる第2次証拠の証拠能力について判示した最決平成21・9・28(刑集63巻7号868頁)の意義について検討しておきたい。

4 最高裁判例と「毒樹の果実」論

1 最高裁平成15年判決の事案において、捜査機関の違法行為は、手続的に違法な逮捕行為(令状の不呈示、緊急執行手続の不遵守)とその違法逮捕を糊塗する犯罪行為(虚偽公文書作成、偽証)であり、刑事訴訟法の強行規定(刑訴法201条1項、同2項、73条3項但書)に違反する行為に加え刑法上処罰すべき犯罪行為(刑法156条、169条)が重ねられた。捜査機関の証拠収集行為は身体拘束中の採尿と捜索・差押え許可状にもとづく

39) 緑・前掲書298頁。

覚せい剤の差押えであり、証拠能力の有無が問題となったのは尿とその鑑定書および覚せい剤とその鑑定書であった。最高裁平成15年判決は次のように判示し、前者の尿とその鑑定書について、証拠能力を否定する。

「（１）本件〔窃盗罪の〕逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため〔中略〕、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである〔中略〕。

（２）前記のとおり、本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件〔窃盗罪の〕逮捕と密接な関連を有する〔覚せい剤自己使用罪の〕証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。」

最高裁平成15年判決は、逮捕状の不呈示や緊急執行手続の不遵守の事実に加え、違法逮捕後の虚偽公文書作成や偽証の事実を表れた捜査機関の態度を重視して、「本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものである」と結論した。ただし、最高裁平成15年判決はそれらの事実から、最判昭和53・9・7（刑集32巻6号1672頁）が「違法の重大性」の排除要件について考慮要素とした「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図」を推認してはいない⁴⁰⁾。捜査機関

40) 最高裁平成15年判決の事案で、被疑者の身体拘束時に、令状主義の保障を潜脱する意

の主観的意図でなく、あくまでその客観的態度を重視したといえる⁴¹⁾。なお、証拠収集行為後の虚偽公文書作成や偽証の事実まで考慮に入れた趣旨については、捜査機関の側に捜査の違法を糊塗する行為が事後にあったとき、その特別の結びつきがある限りで事後の行為も一体として考慮に入れ、「違法の重大性」の排除要件を認めたものといえよう⁴²⁾。

ㄨ 図をもって捜査機関が「逮捕状の呈示」や「逮捕状の緊急執行手続」を行わなかったと推認することには、そもそも無理がある。なぜなら、逮捕状を請求し発付させていた捜査機関の側に、令状による逮捕手続を意図的に懈怠する合理的な理由や目的があったとは思われないからである。最高裁平成15年判決の事案については、逃走した被疑者を追跡して取り押さえた警察官らは、緊急の状況に対応するだけで精一杯で、逮捕状の緊急執行手続にまで思いが至らなかっただけであろう。

41) ちなみに、令状主義に関する諸規定を潜脱する捜査機関の意図が違法の程度を「かさ上げ」する場合もあると考え、最高裁平成15年判決がそのかさ上げをしたという解釈もある。たしかに、最高裁平成15年判決の事案では、窃盗罪の逮捕行為には逮捕状の不呈示、緊急執行手続の不遵守の手続的違法しかなかったともいえる。そのため、捜査機関が事後に虚偽の捜査報告書を作成したことや公判廷で偽証したことを間接事実として、違法逮捕時における令状主義の諸規定潜脱の意図が推認され、かつ、その意図が認められたからこそ、それだけでは重大でない逮捕手続の違法を「重大な違法」にかさ上げできたというわけである(参照、佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室275号42頁)。しかし、令状主義の諸規定を潜脱する捜査機関の意図が排除要件の「重大な違法」を充たす積極的要素として考慮される場合がありうるとしても(井上・前掲書560頁)、最高裁平成15年判決が上述のような違法のかさ上げをしたと解することには賛成できない。最高裁平成15年判決は、端的に、逮捕の違法を糊塗する事後の虚偽公文書作成や偽証も直接の考慮要素として、「違法の重大性」の排除要件を肯定したと解すべきである。

42) ただし、証拠収集行為後の事情も考慮すべき場合を、捜査行為の違法を糊塗する場合に限定する趣旨ではない。なぜなら、証拠の発見、収集過程における違法だけでなく、収集後の保全過程における違法や証拠の使用過程における違法まで考慮に入れて、違法収集証拠排除の可否を判断すべきだと思うからである。この点で、違法収集証拠物排除法則を最高裁がはじめて認めた最判昭和53・9・7(刑集32巻6号1672頁)は、考慮に入れた捜査機関の違法行為の範囲が狭きにすぎると批判されねばならない。最高裁昭和53年判決は、「違法の重大性」の排除要件を判断する考慮要素として、違法の客観的程度(「所持品検査の必要性と緊急性が認められる」)、「所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎない」やその客観的内容(「強制等のされた事跡も認められない」)に言及した。しかし、捜査機関が覚せい剤粉末を発見した行為、すなわち、無承諾で所持品を検査した捜査機関の行為だけを取り上げて違法判断の対象にした狭隘さがあるといわねばならない。最高裁昭和53年判決の事案では、「違法な所持品検査」が被告人の身体を違法

に拘束することにつながり、さらに、逮捕現場において「違法といわざるをえない」差押えを行わせ、覚せい剤粉末を「本件証拠物」として収集するにいたっていた。証拠の発見だけでなく、その後の収集にいたる手続においても身体の自由や個人のプライバシーが侵害されていた。この点、控訴審の大阪高判昭和51・4・21（判時823号106頁）は、「本件公訴事実である覚せい剤粉末不法所持の点については、前記違法な所持品検査及びこれにつづく試薬検査の結果初めて容疑が明らかとなり、現行犯人として逮捕され、本件証拠物の差押手続がなされたものであって、右違法な所持品検査がなされなかったならば、これに続く試薬検査、現行犯逮捕、差押の手続もあり得なかったという関係にあり、本件証拠物の収集手続の瑕疵は極めて重大であって、憲法35条及び刑事訴訟法218条1項所定の令状主義に違反する」と判示した。しかし、最高裁昭和53年判決は、捜査機関が覚せい剤粉末を発見した行為だけを取り上げ、ただちに「本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえない」と結論した。証拠の収集過程における逮捕行為などの違法について考慮に入れなかった理由は説明されておらず、この点、やはり批判されねばならない。同様な批判が、最決平成8・10・29（刑集50巻9号683頁）についても当てはまる。捜索・差押え許可状にもとづき行われた捜索の現場において、警察官が被告人に暴行を加えたために、その暴行前に発見されていた覚せい剤とその鑑定書〔覚せい剤所持罪の証拠〕、および暴行後に収集された尿の鑑定書〔覚せい剤自己使用罪の証拠〕について、証拠能力の有無が問題とされた事案で、最高裁平成8年決定は、「捜索の過程において関係者に暴力を振るうことは許されない」と述べ、捜査機関の行為〔暴行〕は「違法なものというほかはない」と判示したうえで、違法な「暴行の時点は、証拠物〔覚せい剤〕発見の後であり、暴行は「右証拠物の発見を目的とし捜索に利用するために行われたものとは認められない」ために、「右証拠物を警察官の違法行為の結果収集された証拠として、証拠能力を否定することはできない」と判示した。すなわち、本件における捜査機関の違法行為〔暴行〕が覚せい剤とその鑑定書を証拠として収集する原因になっていないこと、それゆえ、覚せい剤とその鑑定書は違法収集証拠の範疇に入らないことを明らかにした。さらに、この捜査機関の違法行為〔暴行〕の実質的な影響はその後の証拠収集行為〔尿の任意提出〕に及んでおらず、採尿手続には「何らの違法もない」と判示した。しかし、最高裁平成8年決定が本件覚せい剤とその鑑定書は違法収集証拠の範疇に入らないとした点には、疑問がある。なぜなら、本件において、被告人が「そんなあほな」という言葉を発したのは、警察官らを侮辱・挑発したというよりは、警察官が覚せい剤を発見したことに異議ないし不審を申し立てる趣旨だったからである。すなわち、被告人の発言に触発され、警察官は足蹴にするなどの違法行為に出たものであり、たしかに、その違法行為は証拠物を収集する直接の原因となったものではない。しかし、証拠物の収集に対する被告人の抗議を封ずる警察官の行為であった。その意味で、証拠物の収集と無関係な違法行為ではなかった。最高裁平成8年決定の事案については、捜索の過程、すなわち、証拠物〔覚せい剤〕を発見する過程には捜査機関の違法行為がなかったとしても、捜索につづいて証拠物を強制的に所持する過程、すなわち、捜索と直接に関連する差押えの過程において捜査機関の違法行為〔暴行〕があったというべきであった。ちなみに、第1審判決の和歌山地

2 最高裁平成15年判決の事案は、「毒樹の果実」論で捉えなおしたとき、狭義の派生証拠の排除が問題となる事案であった。捜査機関の違法行為は、違法逮捕にせよ虚偽公文書作成や偽証にせよ、証拠の発見、収集や保全行為そのものではなかったからである。被告人が「任意の採尿に応じ」、「強制が加えられることはなかった」ために適法に収集された尿とその鑑定書について、最高裁平成15年判決は、重大な違法がある逮捕手続と「密接に関連する証拠」として、最高裁昭和53年判決の「許容の不当性」の排除要件も充たし、証拠能力を否定すべきだと判示した。「密接な関連」の言葉遣いを用いて、それじたいは適法に収集された証拠物を排除すべき場合を肯定したのである。ただし、「密接な関連」を有するとしたその具体的根拠について、最高裁平成15年判決はなんら述べていない。「本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件〔窃盗罪の〕逮捕と密接な関連を有する〔覚せい剤自己使用罪の〕証拠である」と述べたにとどまる。「毒樹の果実」論からは、最高裁平成15年判決の事案に関し、被疑者が体内に保有する尿について、違法逮捕によって被疑者の身体を24時間警察の管理下に置いた状態を利用して収集したものといわねばならない。その意味で違法逮捕と採尿行為の因果関係は明らかであり、尿とその鑑定書は「毒樹の果実」たる狭義の派生証拠として、その証拠能力が否定されるべきもの

▽判平成5・4・9(刑集50巻9号722頁)は、警察官の「暴行は本件覚せい剤が発見されたのちに行われたものであるから、暴行を加えたことにより証拠が収集されたという関係にはないが、本件覚せい剤の搜索差押の過程で、すなわち、本件覚せい剤が発見された直後、これを被告人が自分のものではない旨否認したことを契機に、警察官4名が被告人を蹴ったり踏みつけるなどの激しい暴行を加え、その結果全治まで2週間程度を要する傷害を負わせるという重大な違法行為が行われている」と判示した。捜査機関の暴行が、差押えの過程において証拠〔覚せい剤〕を強制的に所持しつづける直接の原因になった行為だとする趣旨が窺える。最高裁もこの点に踏み込み、証拠物の発見、収集過程だけでなく、さらに事後の保全過程における違法の有無についても、実質的な検討を尽くす必要があったというべきである。

となる。ただし、最高裁平成15年判決は、たんに「関連」と言わず、「密接な関連」の言葉遣いを用いた。この「密接な関連」の言葉遣いの意味についても、「毒樹の果実」論からの捉えなおしが必要であろう。

「密接な関連」については、覚せい剤とその鑑定書の証拠能力を肯定した判示部分から、その実質的な意味がうかがえる。最高裁平成15年判決の事案では、証拠能力を否定されるべき尿鑑定書を疎明資料として捜索・差押え許可状が発付され、その捜索の結果、被告人の自宅から覚せい剤が発見され、差し押さえられた。最高裁平成15年判決は、この覚せい剤について、「本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし、被告人方を捜索すべき場所として発付された捜索差押許可状に基づいて行われた捜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記捜索差押許可状は上記（2）の鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠〔尿鑑定書〕と関連性を有する証拠〔覚せい剤〕というべきである」としたうえで、「しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと上記（2）の鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとははいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない」と判示した。最高裁平成15年判決が「関連性は密接なものではない」と判示するうえで根拠にしたのは、「覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること」と、「逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであること」などの、覚せい剤の収集過程における「本件の諸事情」であった。前者の事情は、稀釈の例外則の適用を考慮したものであり、後者の事情は不可避的

発見の例外則の適用を考慮したものであるといえよう⁴³⁾。すなわち、最高裁平成15年判決は、「毒樹の果実」たる狭義の派生証拠（尿とその鑑定書）からさらに派生して収集された第2次証拠（覚せい剤とその鑑定書）についても、証拠排除の対象となりうることを認めたとうえで、稀釈の例外則などの適用を考慮できる事案であったために、「関連性は密接なものではない」と判示し、その証拠能力を肯定したのであった。ひるがえって、尿とその鑑定書について「密接な関連」を有するとした意味も、稀釈の例外則や独立入手源の例外則の適用を考慮できない趣旨だと解することができる。言い換えれば、「密接な関連」とはそのような消極的内容しかもたないものであった。

3 その後の最高裁判例の展開として、最決平成21・9・28（刑集63巻7号868頁）が注目された。「毒樹の果実」たる第2次証拠の証拠能力が問題となった事案である。宅配便業者の配送過程下にある荷物について、宅配便業者の協力を得て、しかし、荷送人や荷受人の承諾は得ずに、また、検証許可状も請求しないまま、捜査機関は5回のエックス線検査を行う。このエックス線検査による射影写真などを疎明資料として捜索・差押え許可状が発付された。5回目のエックス線検査の対象となった宅配便荷物が配送された当日の捜索で、配送された宅配便荷物の中や配送先の居室内から覚せい剤などが発見され、差し押さえられた。この無承諾のエックス線検査の適法性と、覚せい剤などの証拠能力が問題となる。

最高裁平成21年決定は、本件エックス線検査について、「検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」と述べ、「4回目までの本件エックス線検査の射影の写真等」を一資料として発付された捜索・差押え許可状により発見された「本件覚せい剤等は、違

43) ちなみに、最高裁平成15年判決の事案では、証拠能力を否定すべき尿の鑑定書が捜索・差押え許可状の疎明資料として現実に「利用」されたため、独立入手源の例外則を適用する余地はなかった。

法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠であるということが出来る」としたうえで、ただちに先行行為の違法の重大性について判断する。具体的には、「本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、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こと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各捜索差押許可状に基づく捜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえ〔ない〕」と判示し、「その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができる」と解するのが相当であると結論した。

本稿の関心からは、第1に、違法な先行行為から第1次証拠（射影写真）が収集され外形上適法にみえる後行行為から第2次証拠（覚せい剤など）が収集されたため「違法の承継」論を適用できた事案であるのに、最高裁平成21年決定は、差し押さえられた覚せい剤などが先行の「違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠」であることだけを理由に、ただちにエックス線検査じたいの違法の有無、程度を検討しており、「違法の承継」論の言葉遣いをまったく用いなかったことが注目されねばならない。すなわち、捜査機関の先行手続（エックス線検査）と証拠収集行為（令状による捜索・差押え）のあいだに、特定の覚せい剤を発見、収集しようとする「同一目的」があり、また、エックス線検査による射影写真を捜索・差押え許可状の一資料とした点で「直接利用」の関係も認められるため、「違法の承継」論を容易に適用できたと思われるのに、「違法の承

継」論の言葉遣いはまったく用いられなかった。第2に、最高裁平成21年決定が、第1次証拠である射影写真の証拠能力の有無を判断しないままただちに第2次証拠である覚せい剤などの証拠能力の有無を判断したことも注目されねばならない。すなわち、最高裁平成15年判決のような「証拠能力のない〔第1次〕証拠と関連性を有する〔第2次〕証拠」という捉え方はせず、「違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠」と捉えて、違法な先行手続から派生した第2次証拠の証拠能力を直截に検討したのであった。それは、「毒樹の果実」たる第2次証拠じたいの証拠能力を判断するには、必要かつ十分な検討の仕方であった。その意味で最高裁平成21年決定は、「毒樹の果実」論による証拠排除の枠組みに実質的に与したものと見てよい⁴⁴⁾。そして、最高裁平成21年決定は、「毒樹」のエックス線検査について、検査の実質的必要性や実施した捜査機関の意図を考慮要素としてその違法の程度を判断し、令状により適法に収集された「毒樹の果実」の覚せい剤などについて、稀釈の例外則や不可避的発見の例外則の適用を考慮できることを確認した。この判断と確認の結果を、最高裁平成21年決定は「その証拠収集過程に重大な違法があるまではいえ〔ない〕」

44) 逆に、最高裁平成21年決定について、エックス線検査後の「様々なファクター」をわざわざ考慮して覚せい剤の「収集過程」の違法の程度を判断した点で、「毒樹の果実」論と表現上齟齬があるという指摘もある（中川孝博「違法収集証拠の証拠能力③」『判例学習・刑事訴訟法』〔2010〕256頁）。そのため、最高裁平成21年決定も最高裁平成15年判決も、むしろ「毒樹の果実の問題も違法承継の問題として捉えることを宣言したもの」と理解する（中川・前掲論文）。しかし、最高裁平成21年決定のいう「様々なファクター」とは、「毒樹の果実」排除の例外則の適用の可否であり、その意味で「毒樹の果実」論と表現上の齟齬はない。また、「毒樹の果実」論であれば、先行手続について「重大な違法」がまず確認されてはじめて、その後の捜査の経緯にかんがみ「密接関連性」の有無が問題となるはずであり、第2次証拠の「収集過程」も含めて「重大な違法」の有無を判断することにはならないはずだとも指摘された（中川・前掲論文）。しかし、この指摘にも与することはできない。最高裁平成21年決定は、違法な先行手続から派生した第2次証拠の証拠能力を直截に検討するという方法をとったのであり、それは、「毒樹の果実」たる第2次証拠じたいの証拠能力を判断するには、必要かつ十分な検討の仕方であった。その意味で、「その証拠収集過程に重大な違法があるまではいえ〔ない〕」とした最高裁平成21年決定の表現は、「毒樹の果実」論と齟齬するものではない。

と表現し、覚せい剤などの証拠能力を肯定した。

「毒樹の果実」たる第2次証拠や狭義の派生証拠の排除について、最高裁判例では、稀釈の例外則や不可避的発見の例外則などの適用の可否が具体的な考慮要素とされた。これからは、それら例外則の適用の仕方や結果について、その当否が問題とされねばならない。これまで、たとえば、最高裁平成15年判決が稀釈の例外則や不可避的発見の例外則などを適用したかどうかを「明示しているわけではない」⁴⁵⁾とか、不可避的発見の例外則を「意識し、これを参考にしたとみる余地がある」⁴⁶⁾と解されるにとどまっていた。しかし、その結果、それら例外則の適用を考慮する仕方がざっくりとした、大まかなものになってしまっている点を批判の俎上に載せることも行われなかった。この点で、最高裁平成15年判決について小早川義則教授が、「違法逮捕とは無関係の第1令状だけでも本件覚せい剤が『発見されていたであろう蓋然性』が高ければ、不可避的発見の法理の適用が考えられる。問題は、違法逮捕と『密接な関連性を有する』尿の鑑定書を疎明資料にして発付された第2令状がなくても、それとは無関係に第1令状だけで被告人方の捜索が行われ、かつ本件覚せい剤が発見されていたであろうと言えるかであるにもかかわらず、第2令状発付に関する他の疎明資料の有無が判然としないことにある」とされ、さらに、「窃盗に関する第1令状の同時執行は、確かに不可避的発見の法理を想起させるが、本件では覚せい剤関連の起訴（6月11日）が先行し、窃盗の事実についてはほぼ4か月を経て（10月15日）追起訴がなされているにすぎない。同時執行された第1令状の捜索で窃盗関連の証拠が発見押収されたのかも不明である」⁴⁷⁾ことも問題だと指摘されたことが重要であった。「毒樹の果実」排除の例外則の適用について、概括的な考慮しか行われていない問題があるといわねばならない。このほか、最高裁平成21年決定についても、「本

45) 和田雅樹「先行手続の違法と証拠能力（2）」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕201頁。

46) 朝山・前掲論文52頁。

47) 小早川・前掲書556頁。

件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれる」ことを挙げて、ただちに稀釈の例外則の適用を考慮できるというかのようなその判示は、疑問だといわねばならない。なぜなら、「エックス線検査の結果以外の証拠」だけで搜索・差押え許可状が発付されたかどうか、厳密な検討はなされていないからである。また、最高裁平成21年決定の事案では、エックス線検査の対象となった特定の宅配便荷物を差し押さえるため、その配送の当日に、発付された令状にもとづく搜索・差押えが実施された。そのような令状の使用は、違法な先行手続（エックス線検査）と「毒樹の果実」の収集行為（令状による搜索・差押え）の結びつきを稀釈するものではなく、むしろ、逆に強めるものではなかったか。「毒樹の果実」排除の例外則について、その本来あるべき厳格なかたちで適用することが求められねばならない。

4 第2次証拠や狭義の派生証拠の証拠能力に関する最高裁判例について、「違法の承継」論ではなく、「毒樹の果実」論の枠組みで捉えなおし、その排除要件や考慮要素などをあらためて検討の俎上に載せる必要がある。とくに、「毒樹の果実」排除の例外則の適用については、厳格な考慮が求められる。本稿はそのような立場から、行うべき再検討作業の一部を示したものにすぎない。より本格的な検討は、別稿に期したいと思う。