

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究33

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ったとした原判決に、法令
の解釈適用を誤った違法があるとされた事例

(最判令和3年7月30日刑集75巻7号930頁、破棄差戻し)

刑事判例研究会
梶 悠 輝*

【事実の概要】

本件では、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事件に対する捜査の過程で、警察が行った証拠収集の違法性と収集された証拠の証拠能力が争われた。

平成30年3月30日午後4時41分頃、警察官が、自動車（以下「本件車両」）を運転中の被告人に対して職務質問のため停止を求めたところ、本件車両は道路左端（以下、同所付近を含め「本件現場」）に停止した。警察官は、本件車両の運転席ドアを開け、被告人に運転免許証の提示を求めた。数分後、警察官は、被告人に対し、運転席ドアポケットに中身の入っていないチャック付きビニール袋の束（以下「本件ビニール袋」）がある旨を告げた。

その後、運転免許証の提示に応じた被告人に覚醒剤取締法違反の犯罪歴が多数あること等が判明し、被告人が任意の採尿や所持品検査に応じな

* かじ・ゆうき 同志社大学法学部助教

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ったとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例（梶）

かったことから、警察官は、同日午後5時8分頃、令状請求の準備に着手した。

警察官は、同日午後7時頃、本件ビニール袋をその内容の基礎とする疎明資料に基づき、覚醒剤の所持及び自己使用の各被疑事実により、本件車両等に対する搜索差押許可状と、被告人の尿を採取するための搜索差押許可状（以下「強制採尿令状」）を請求した。警察官は、同日午後11時4分頃、上記各令状の発付を受け、本件現場に向かった。

一方、本件現場では、警察官が、本件車両を取り囲み、引き続き被告人に所持品検査等に応じるよう説得していた。警察官は、説得に応じない被告人を取り囲み、その動きに応じて身体に接触する等して、同人の立ち去りを制止した。

その後、警察官は、搜索差押許可状に基づく搜索差押えにより覚醒剤を発見し、被告人を逮捕したうえ、逮捕に伴う搜索差押えも実施し、本件車両から発見された本件薬物を差し押さえた。その後、被告人は、警察署に引致され、断続的に取調べを受けたのち、警察官から、強制採尿令状が出ている旨を告げられたのを受け、同月31日午前4時48分頃、自ら採取した尿を任意提出した。

起訴後、第1審において、弁護人は、本件現場での約7時間におよぶ留め置きの違法性と併せて、本件ビニール袋について、警察官が自ら用意したにもかかわらず、本件車両から発見されたかのように装いそのドアポケットに入れた物であると指摘し、本件薬物並びに本件薬物及び被告人の尿に関する各鑑定書（以下、併せて「本件各証拠」）は違法収集証拠としてその証拠能力が否定されるべきであると主張した。東京地裁は、証拠決定において、本件ビニール袋が本件車両内にはもともとなかったものであるとの疑いが払拭できず、したがって、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、これが存在したとする虚偽の疎明資料を作成して各令状を請求した事実（以下「本件事実」）はあったというべきであるとした。そのうえで、結論として、本件各証拠の収集手続には

重大な違法があると判断し、本件各証拠の証拠能力を否定した。この決定に基づき、被告人に対し、公訴事実の一部である覚醒剤自己使用の罪等について無罪を言い渡した。これを受けて、検察官は、法令違反を理由に控訴した（なお、被告人も、有罪部分について量刑不当を理由に控訴した）。

原判決は、法令違反を理由に第1審判決を破棄し、本件を東京地裁に差し戻した。その理由の要旨は次のとおりである。

(1) 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る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本件各証拠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疑問があるから、この事情をもってしても、本件各証拠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いえない。

(2) 搜索差押許可状等の請求に至るまでの手続については、本件ビニール袋の発見経緯に前記(1)の疑いが残るとい以外には違法はない。その後の留め置き措置自体は違法であったというべきであるが、その違法は重大なものとはいえない。

(3) これらの事情と、本件ビニール袋がもともと本件車両内になかったものであるとの疑いが残ることについての前記(1)の法的な評価を併せても、本件車両の搜索差押えが違法な留置きの結果を利用したものであることを理由として、本件各証拠の証拠能力を否定すべきとまではいえない。

被告人の上告を受けた最高裁は、次のように判示し、原判決を破棄して東京高裁に差し戻した。なお、差戻後の控訴審において、東京高裁は、第1審判決を是認し、各控訴を棄却した（東京高判令和4年10月5日判時2571号101頁、確定）。

【判 旨】

「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

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ったとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例（梶）

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（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁）。」

「(本件の) 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、戸倉裁判官の補足意見がある。

【研究】

1 本件の争点と違法収集証拠排除法則に関する従前の議論

本件では、本件車両から発見されたとされる本件ビニール袋を基礎とする疎明資料をもとに令状請求が行われたところ、第1審において、弁護人より、前記の本件事実、すなわち「警察官が、本件ビニール袋は本件車両内にももとなかったにもかかわらず、これが存在したとする虚偽の疎明資料を作成して各令状を請求した事実」の存在が指摘された。これを受けて、本件各証拠に対する違法収集証拠排除法則（以下、排除法則）の適用の是非が争点となった。そこで、まずは、排除法則に関する従前の議論を整理する。

(1) 昭和53年判決と違法収集証拠排除法則の採用 かつて、判例は、物的証拠の場合、捜査過程に違法があっても証拠価値に変わりがないこと

を理由に、排除法則の採用には否定的であった¹⁾。しかし、本判決でも引用されている最判昭和53年9月7日²⁾（以下、昭和53年判決）において、最高裁は、初めて排除法則の採用を宣明した。

昭和53年判決は、まず、排除法則の問題が憲法ではなく刑訴訟法の問題であるとした。そのうえで、憲法35条の令状主義や同31条の適正手続の保障に鑑み、「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」と判示したのである。ここで採用された排除法則は、一般に、後述の「重大な違法」と「排除相当性」という2つの要件のもと、憲法31条や35条違反を理由とする絶対的・画一的な排除法則ではなく、両要件の該当性判断を通じた利益衡量に基づく相対的な排除法則と受け止められた³⁾。

同判決により、排除法則の採否に一応の決着がつけられた一方、議論の対象は、同法則の中身、すなわち論拠・要件・基準などの問題に移行したのであった⁴⁾。

(2) 「重大な違法」要件・「排除相当性」要件と両要件の関係 重大な違法要件と排除相当性要件について、一般には、前者は、司法の廉潔性の観点、後者は、違法捜査の抑止の観点から導かれる要件であると説明され

1) 傍論として、最判昭和24年12月13日刑事裁判集15号349頁。「押収手続に……違法があつたとしてもそれにより物自体の形状性質等に何等影響を及ぼす虞はない」。

2) 刑集32巻6号1672頁。

3) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）545-548頁。中谷雄二郎「違法収集証拠の排除 裁判の立場から」三井誠他編『刑事手続の新展開』（下巻、成文堂、2017）396頁は、証拠の必要性和証拠排除の必要性とのバランスを取りながら、事案の真相解明への証拠の必要性を十分考慮に入れても、人権保障及び適正手続保障のために違法捜査を抑制する見地から違法収集証拠を排除せざるを得ない場合を、「違法の重大性」と「排除相当性」という2つの要件に落とし込んだとする。斎藤司「違法収集証拠排除法則の法的性質について」法律時報95巻12号（2023）33-34頁も参照。

4) 三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除（下）」ジュリスト680号（1978）107頁。

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ったとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例（梶）

てきた⁵⁾。

この2つの要件の関係を巡っては、両要件のいずれかが満たされれば証拠排除が正当化されるとする競合説と、両要件の双方が満たされてはじめて証拠排除は正当化されるとする重畳説が対立しており、前記の昭和53年判決については、その判文を素直に読む限りは、後者の重畳説を採用したものと解された⁶⁾。もっとも、実務においては、違法の重大性が認められるにもかかわらず排除相当性が否定される場合はほとんど想定されないことから、重大な違法要件が、排除法則の適用にとっての実際上の臨界点⁷⁾であり分水嶺⁸⁾と位置づけられた。

5) 井上・前掲注 3) 554-555頁。三井・前掲注 4) 109頁も参照。なお、排除法則の根拠論については、鈴木茂嗣「違法収集証拠排除法則」同『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、1988）201-203頁も参照。ただし、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」が司法の廉潔性と関係しているということについて、その根拠はそれほど確かなものではないと指摘する近時の論稿として、稻谷龍彦「なぜ今証拠排除法則を問うのか」法律時報95巻12号（2023）7頁。これは、「潜脱する」との文言には、裁判所に対する信頼の確保よりも、捜査機関に対する司法的なコントロールへの関心、すなわち捜査機関に対して令状主義という規範の実効性を維持することへの関心が示されていると説く。南迫葉月「司法の廉潔性概念について」法律時報95巻12号（2023）19頁以下、小川佳樹「排除法則について」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019）653頁以下も参照。

6) 大澤裕＝杉田宗久「違法収集証拠の排除」法学教室328号（2008）71頁[杉田発言]。佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室275号（2003）39頁は、昭和53年判決における排除相当性への言及について、違法の重大性がないため排除相当性もないことを確認的に述べているにとどまるとみてよいと説く。川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」芝原邦爾他編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集』（下巻、有斐閣、1998）530頁も参照。ただし、池田公博「違法収集証拠排除法則（上）」法学教室487号（2021）128頁は、判例が、証拠排除の肯定・否定にかかわらず、違法の重大性と排除相当性の両方の充足について、常にその有無の判断を示している点に言及し、判例上は、重畳説・競合説のいずれの立場も排除されていないと指摘する。

7) 井上・前掲注 3) 555頁。

8) 大澤＝杉田・前掲注 6) 71頁[大澤発言]。同[杉田発言]も、重大な違法が認められれば、大半の場合、ほぼ自動的に排除が相当ということになると指摘する。同旨として、田口守一他「排除法則の現状と展望」現代刑事法55号（2003）6頁[山崎発言]、川出・前掲注 6) 530頁、三井誠「判批」別冊ジュリスト119号・刑事訴訟法判例百選第6版（1992）131頁。大谷直人「違法に収集した証拠」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（第3版、有斐閣、2002）196頁は、抑止の観点からの検討は、一般的に、司法の廉潔性のメ

(3) 「重大な違法」判断の考慮要素と令状請求資料の虚偽や偽証 この重大な違法要件の該当性を判断する際、その考慮要素としては、① 先行手続の客観的な違法の内容・程度、② 令状主義を潜脱する意図の有無・程度、③ 先行手続の違法と当該証拠の収集手続との関連性の程度、④ 当該証拠の収集手続自体の違法の有無・程度等がある⁹⁾。また、その判断において、令状請求資料に虚偽が認められた場合や、警察官による偽証が公判廷で行われた場合等については、違法の重大性が肯定されやすい傾向が見られるとの指摘がある¹⁰⁾。

(4) 排除法則の適用における捜査過程の認定と本件 この指摘に従えば、疎明資料の基礎となっている本件ビニール袋が、警察官によりねつ造されたものである疑いが生じた本件においても、仮にそのような本件事実が真実であれば、重大な違法が肯定されうるということになる。もっとも、捜査官によるそのような違法な行為があったのか否かの認定、すなわち捜査過程に関する事実認定については、かねてよりその困難さが指摘されていた¹¹⁾。具体的には、① 有形力の程度や黙示の承諾の有無等の事情について、被疑者と捜査官の言動自体の微妙さゆえに、その認定の対象自体が判然としない場合が少なくないとの事情や、② 捜査の密行性ゆえに客観的証拠が乏しいとの事情を背景に、被告人と捜査官との間で水掛け論に陥りがちであるというのである。

捜査過程の認定にそのような困難さを伴いつつも、これまでは、排除法則の適用の是非を判断するに際して、まずは、捜査過程に関する事実を認

∟ 観点からの検討とオーバーラップしており、それ以外に抑止の観点から常に別途検討を行わなければならないというのは、証拠調べの実情に沿わないと指摘する。石井一正『刑事実務証拠法』(第5版、判例タイムズ社、2011)125頁、秋吉淳一郎「違法収集証拠」井上正仁他編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013)183頁、中谷・前掲注3)398頁も同旨。

9) 内藤恵美子「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(令和3年度)』(法曹会、2022)201頁。

10) 内藤・前掲注9)201頁。緑大輔「違法収集証拠排除法則の論拠と機能」法律時報95巻12号(2023)14、18頁も参照。

11) 水野智幸「違法収集証拠排除法則の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』(第3版、成文堂、2015)403頁。

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ったとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例（梶）

定したうえで、その後に証拠を排除するかどうかを判断するという順序が前提とされてきた¹²⁾。ところが、原判決は、後述の通り、その従来の前提と異なる判断を下した。さらに、その判断を破棄して差戻したのが本判決である。

2 原判決・本判決の判断

次に、原判決と本判決それぞれに対する本件の評釈類の理解を概観したうえで、両判決の妥当性を巡る議論を整理しておくこととしたい。

(1) 原判決に対する理解 原判決は、本件事実の存在する疑いを払拭することはできないとしつつ、その疑いは濃厚ではないとしたうえで、その程度にとどまる事情で証拠排除しても、将来における違法行為抑止の実効性を担保し得るか疑問であるとして、証拠排除を否定した。

前記の通り、これまでは、排除法則の適用の是非の判断に際して、証拠排除の判断に先立ち捜査過程に関する事実の認定を行うことが前提とされてきた。それに対して、本判決とその補足意見、本判決の調査官解説の理解によれば、原判決は、本件事実の存否を確定することなく、証拠排除の判断を行ったものとされる¹³⁾。

また、本件の評釈類の中には、原判決の考え方を「疑いの程度」説と称したうえで、この考え方について、「証拠収集手続の違法を基礎づける事実が存在するとの疑いの程度」を、排除相当性の判断における一種の総合

12) 田口他・前掲注 8) 6頁[山崎発言]。山崎は、「二要件の当てはめを考える前に、……捜査過程に関する事実認定を行うことが、実は最も重要である……。捜査官の違法行為と糾弾される行為が行われたときにまず事実認定をきちんとやる。それに基づいて、違法かどうかを決めていく……。……違法かどうかというのは、……事実認定さえできれば比較的簡単にできる……。』と説く。同15頁[山崎発言]も参照。小川佳樹「判批」ジュリスト1570号・令和3年度重要判例解説(2022)150-151頁は、このような理解がこれまで当然の前提とされてきたとする。

13) 内藤・前掲注 9) 201頁。本判決に対して、実質的には審理不尽を理由に原判決を破棄したものと評価を加える評釈として、緑大輔「判批」ジュリスト1581号(2023)131頁。

判断の一事情として考慮したものと説明する論稿がある¹⁴⁾。この論稿はさらに、重大な違法の事実、違法の重大性の要件との関係では、その存否を問題とせざるをえない当該要件に該当する事実そのものであると指摘している。この指摘を踏まえつつ前記の疑いの程度説に関する説明を敷衍すると、原判決は、重畳説の立場を前提に、証拠収集手続の違法を基礎づける重大な違法の事実が存在するか否かの判断を留保したうえで、疑いの程度を排除相当性の判断の一事情としたものである可能性が高いといえる。なぜなら、競合説を前提にすると、疑いの程度の低さを理由に排除相当性を否定したとしても、さらに、違法の重大性の要件との関係で重大な違法の事実の存否を確定することが避けられないからである。

(2) 本判決に対する理解 以上の原判決に対し、本判決は、本件の事実経過と本件事実の重要性に言及しつつ、本件各証拠の証拠能力の判断にあたっては、本件事実の存否を確定し、それを前提に重大な違法の有無の判断を行う必要があるとしたうえで、原判決は、そのような判断を行ったものとは解されないと断じて、原判決を破棄した。

まず、本判決が本件事実の「重要性」に言及した趣旨について、本判決の調査官解説は、違法の重大性・排除相当性の両要件の判断にとって、以下の2点の理由から本件事実の存否の確定が不可欠であったにもかかわらず、その確定を行わずに排除不相当の判断を行った点を批判したものと理解を示している¹⁵⁾。第1に、本件事実があれば令状主義を潜脱する重大な違法が認められうるため、この事実を認定することなく重大な違法の有無を判断することはできない¹⁶⁾。第2に、排除相当性の判断は、将来における同様の違法捜査を抑制するために証拠能力を否定するのが相当かどうかを問うものであるため、その判断にあたっては、まずもって本件事実の存否と違法の重大性が判断されなければならない。

14) 小川・前掲注12) 151頁。

15) 内藤・前掲注9) 205頁。

16) 緑・前掲注13) 132頁、佐藤由梨「判批」法学教室495号(2021) 155頁も参照。

また、本判決は直接言及していないが、本判決の補足意見は、疑いの程度を考慮して排除不相当とした原判決の問題点として、次の2点をあげる。第1に、疑いの程度を考慮して排除相当性が判断される場合、当事者にとって立証命題が不明確になり、審理が複雑で不安定なものになる危険がある。第2に、本件事実のような重要な事実について、それが存在し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関連証拠の証拠能力を肯定すれば、実質的には、検察官が当該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ことになり、立証責任の原則にも反する。この補足意見について、本判決の調査官解説は、本件事実の存在した可能性の程度を、排除相当性を否定する要素として考慮したことが、立証命題の明確性や立証責任の原則とも緊張関係に立つとの問題意識を示したものであると評している¹⁷⁾。

(3) 両判決の妥当性を巡る議論 本判決の評釈類のほとんどは、本判決とその補足意見に同調し、原判決に対して批判的である。原判決に対する批判としては、補足意見が示した問題意識と同様に、①立証命題の明確性の観点からの批判¹⁸⁾と、②立証責任の原則の観点からの批判¹⁹⁾が見られる。

それに対して、本判決に批判的な論稿も一部見られる²⁰⁾。この論稿は、従来の判例が、前記の通り相対的な排除法則を採用し、司法に対する国民の信頼の確保の観点と違法捜査の抑止の観点から、「採証手続の違法の程度や抑止効果等を総合的に考慮して」証拠能力の判断を行って来たことと、排除要請状況の有無の判断において、疑いの程度を考慮しなければ妥当な結論を導くことはできないことを理由に、本判決が、本件事実の不存在が完全に立証されない限り証拠排除がなされるとしたものであるとすれ

17) 内藤・前掲注9) 205-206頁。

18) 小川・前掲注12) 151頁。

19) 小川・前掲注12) 151頁、佐藤・前掲注16) 155頁、高平奇恵「判批」法学セミナー67巻3号(2022) 122頁、緑・前掲注13) 133頁。

20) 前田雅英「判批」WLJ判例コラム238号(2021)。

ば疑問であるとする。

3 本判決の妥当性

以上の整理を踏まえつつ、本判決の妥当性について若干の検討を行うこととしたい。

まず、原判決が、疑いの程度を排除相当性判断における総合判断の一事情として考慮した点については、たしかに、判例法理としての排除法則が、政策的要請に基づく相対的な排除法則であることに照らすと、それで直ちにそのような考慮が正当化されるとはいえないとしても、排除法則の背後の政策的要請に適う限りにおいて、原判決のような判断方法が理屈として全く成り立ちえないとまではいえない²¹⁾。

もっとも、本判決の補足意見が指摘するように、本件事実は、警察官が、令状請求のための疎明資料の基礎となる証拠をねつ造したという、それが認められれば違法の重大性も排除相当性も認められうるほど重要な事実である。しかも、それが認められるかどうかで一部訴因の有罪・無罪が左右されるのである。果たして、このような重要性をもつ本件事実について、その存否を確定しないまま排除不相当とすることは許されるのか。

そもそも、犯罪事実の存否に関していえば、その存否について検察官が立証責任を負う実質的な理由は、それが存在した場合に生じる法的効果としての刑罰権の峻厳さと、それに照らした個人の尊厳の尊重や人権保障の原理にある²²⁾。すなわち、それらに鑑み、被告人による証明の失敗や証明の拙さを理由にその者を処罰することは許されず²³⁾、刑罰権の効果を欲する検察官により犯罪事実の存在が積極的に立証されなければ、刑罰の賦課

21) 小川・前掲注12) 151頁、緑・前掲注13) 132頁も参照。

22) 川出敏裕「挙証責任と推定」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』(第3版、有斐閣、2002) 161頁、堀江慎司「挙証責任と推定」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013) 149頁、三井誠「挙証責任と推定(1)」法学教室216号(1998) 84頁。

23) 平野龍一「刑事訴訟における推定」同『裁判と上訴』(有斐閣、1982) 56頁、三井・前掲注22) 84頁。

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ったとした原判決に、法令の解釈適用を誤った違法があるとされた事例（梶）

を正当化できないことに、その理由が求められているのである。しかも、その趣旨は、かつてとは異なり、現在では、犯罪成立阻却事由に該当する事実にも及ぶとする見解が支配的である²⁴⁾。なぜなら、犯罪成立阻却事由に該当する事実も、その不存在が刑事責任を基礎づけるという意味では構成要件該当事実と変わらず、犯罪成立阻却事由に該当する事実について被告人に立証責任を負わせれば、結局、その証明の失敗や拙さを理由に被告人を処罰することにつながるからである。

以上のような刑事訴訟における犯罪事実の立証責任に関する基本的な考え方に照らせば、その考え方の趣旨は、本件事実、すなわちその存在が認められれば証拠排除、ひいては被告人の無罪に直結しうるような重要な事実にも及び、そのような事実が存在した疑いの程度を考慮して被告人に不利な判定を行うことは、結局のところ、重要な事実の存否について被告人に立証責任を負わせるに等しいと考えられる。したがって、本判決の結論は妥当であったといえる。

4 本判決の意義と残された課題

本判決の意義としては、まず、従来からも当然の前提とされてきたことではあるものの、排除法則の判断に先立ち、捜査過程に関する重要な事実の認定を行わなければならないことを確認した点をあげることができる。また、それにより、重要な事実の存否を確定せず、その存在の可能性の程度を考慮して証拠排除を否定することは許されないことを明らかにした点にも、重要な意義が認められる。

もっとも、本判決が原判決について問題視しているのは、その判示を厳密に捉えれば、重要な事実の存否を「確定」することなく、その存在の可能性を考慮して排除不相当とした点である。そのため、本判決に照らせば、当該事実が確実に存在したとは断定できず、その疑いを払拭すること

24) 川出・前掲注22) 158頁、堀江・前掲注22) 149頁。三井・前掲注22) 85頁も参照。

ができない状況に留まる場合に、立証責任の原則に従ってその存在を一旦「確定」したうえで、その疑いの程度を考慮して証拠排除を否定することは許されると解する余地が残るようにも見える。たしかに、本判決を字義通りに捉えつつ、判例が採用する排除法則が、政策的要請に基づく相対的な排除法則であることに照らせば、そのような考慮が、排除法則の政策的要請に適う限りで認められようようにも思われる。しかし、立証責任の原則に従い当該事実を認定しておきながら、反対事実が存在する可能性の程度を考慮して、立証責任を負っていない当事者に不利益な法的効果をもたらすことが許されれば、立証責任の原則は無意味になる。したがって、本判決は、重要な事実について、その存否を「確定」しないのはもちろん、立証責任の原則に従いその存在を「確定」したうえで、その疑いの程度を考慮して証拠排除を否定することも許されないとしたもの解することができる。

では、本判決をこのように解したとして、その趣旨は、証拠排除の適用に関わる事実全般に及ぶのか。この点に関連し、原判決の判断方法に対して、民事訴訟の一般条項における準主要事実の認定を想起させるとの評価が見られる²⁵⁾。民事訴訟法学では、たとえば、賃貸借契約の更新拒絶等に関する借地借家法28条の「正当事由」のような一般条項にかかる事実認定のあり方を巡り、正当事由に関連する個々の事実（賃貸人の長男が結婚する（したがって当該物件に住むつもりである）という事実）の存否が不明でも、不明のまま正当事由の有無を判断することは可能であり、むしろその有無を「擬制」して判断の方が法解釈として不当であるとの見解が有力に主張されている²⁶⁾。原判決に対する前記の評価は、このような準主要事実の認

25) 緑・前掲注13) 132-133頁。

26) 民事訴訟の一般条項における準主要事実については、山本龍彦「総合判断型一般条項と要件事実」同『民事訴訟法の現代的課題』（有斐閣、2016）261頁以下。賀集唱「判批」私法判例リマークス5号（1992）18頁以下、賀集唱他「証明責任論とその周辺」判例タイムズ350号（1977）47-48頁、倉田卓次「一般条項と証明責任」法学教室第2期5号（1974）69頁以下、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』（第2版補訂版、有斐閣、2013）524-525頁

定に関する考え方と、原判決の判断方法との類似性を指摘するものといえる。また、同種の議論は、量刑判断における情状事実の証明を巡っても見られる。そこでは、犯罪事実に属する情状、いわゆる犯情にかかる事実については検察官が立証責任を負うことに異論はない²⁷⁾一方で、それ以外の狭義の情状、いわゆる一般情状にかかる事実については、そのような事実が要件事実ではない、すなわちそれが認められれば特定の要件を充足し、それにより特定の法的効果が生じるような事実ではないことを理由に、立証責任を観念しえないと説く見解が有力に主張されている²⁸⁾。たしかに、被告人の再犯可能性や反省などの事情は、その可能性や深さの程度を前提に、総合判断の一事情として考慮するという判断方法になじむ。実際、被告人について、再犯可能性が無いとはいえないが高いともいえない場合や、深く反省しているとはいえないものの反省が皆無ともいえない場合等には、それらの程度を無視して結論を導くことは困難であるし、適切ともいいがたいであろう。原判決が、排除相当性判断において、本件事実が存在した疑いの程度を一事情として総合判断を行った結果、その程度では、証拠排除の決め手となるには及ばなかったと判断したものであるとすれば、原判決の判断方法には、民事訴訟における一般条項にかかる準主要事実や量刑判断における一般情状にかかる事実についての前記の考え方と共通の発想があるといえる。

もっとも、すでに述べたように、本件事実は、令状請求の疎明資料の基礎となる証拠のねつ造という、その事実が認められれば証拠排除に直結しうると重要な事実である。そのため、原判決が、仮に、前記のような判断方法を採用していたとしても、やはり、本件事実の存否を確定するこ

ゝも参照。

27) 堀江・前掲注22) 150頁。

28) 原田國男「量刑事実の証明責任」慶應法学31号（2015）1頁以下。杉田宗久「量刑事実の証明と量刑審理」同『裁判員裁判の理論と実践』（上巻、補訂版、成文堂、2013）298-312頁、原田國男「量刑事実の立証」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』（第3版、成文堂）440頁、注1も参照。

となく排除不相当の判断を行うことはできなかつたといえる。もっとも、このことを裏返せば、重要な事実を除く排除法則の適用に関する事実全般について、本判決がそのような判断方法の採用を排斥する趣旨のものであるとも断言できない。

さらに、被告人側の方が相対的に立証しやすい「重要」な事実も含めて、証拠排除の適用に関する事実はすべて検察官側が立証責任を負うことになるのかという問題²⁹⁾や、立証責任を負う当事者に要求される証明水準の高さはどの程度かという問題³⁰⁾について、本判決では、直接的な解答は示されておらず、これらの問題は今後の課題として残されている。

29) 緑・前掲注13) 134頁は、被告人側が、遺留物として領置された証拠物について、押取当時、当該証拠物は自己の占有下にあったと主張する場合を例に、このような場合には、被告人側の方が、相対的に立証がしやすいと指摘し、証拠排除の適用に関する事実すべてが検察官側による証明の対象となるのかは自明ではないと説く。

30) ただし、佐藤美樹「判批」判例評論772号(判例時報2554号)(2023) 135頁は、証拠決定の手续やこれまでの裁判例から事実の認定において求められる証明の程度を導き出すことは可能であると説く。なお、違法捜査抑止の必要性という重要な利益を基礎づける事情としての重大な違法の事実については、「合理的な疑いを超える証明」が要求されるべきであるとする本件評釈として、小川・前掲注12) 151頁。加えて、差戻後の控訴審において、東京高裁は、第1審の証拠決定について、本件事実の存否に関する立証責任が検察官にあることに基づき、検察官が、本件事実の存在しなかつた合理的な疑いを超える立証をしていなかったことを理由に、本件事実があつたと認定したものと解したうえで、これを是認した。