

# 違法収集証拠排除法則に関する一考察 —合衆国における議論を参考に—

水 野 陽 一\*

1. はじめに
2. 合衆国における違法収集証拠排除法則
  - (1) Wolf v. Colorado
  - (2) Mapp v. Ohio
  - (3) Payton v. New York
  - (4) Kyllo v. United States
  - (5) Brigham City, Utah v. Stuart
  - (6) 小括
3. 我が国における違法収集証拠排除法則に関する若干の考察  
—合衆国における議論を参考に—
4. おわりに

## 1. はじめに

捜査機関によって違法に収集された証拠物について、証拠物自体の性質および形状に変化はないものであるから、証拠としての価値には変わりがないというように考えることもできる。実際に旧刑事訴訟法時代において、形式的な法解釈により結論を導くことができるものであると理解され、違法に収集された証拠の証拠能力が否定される余地は非常に限定されていた<sup>(1)</sup>。しかしながら、適正手続の保障について定める現行憲法の本質からすれば、捜査

---

\* 日本学術振興会特別研究員 (PD)

(1) 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〕』ジュリスト増刊 194 頁 (2002)。

機関の行った証拠収集手続に少なくとも憲法上問題とされる違法の存在が認められる場合、当該証拠の証拠能力を否定するという結論を導くことも可能である。

昭和 53 年、最高裁判所は、我が国において初めて違法収集証拠排除法則（以下排除法則とする）の採用を宣言し、一定の場合において、捜査機関が違法に収集した証拠物について、その証拠能力を否定し刑事手続からこれが排除される旨判示した<sup>(2)</sup>。同判決において、最高裁は、排除法則がいかなる理由から根拠付けられるかについて明確な判断をしておらず、また証拠排除基準についても、「令状主義の精神を没却する重大な違法」という抽象的なものを示すにとどまった。その後も下級審においてはともかくとして、最高裁において排除法則の適用が争われた事例は僅かな数にとどまり<sup>(3)</sup>、未だ明確かつ具体的な排除法則の適用基準が示されていないのが現状である。

我が国における排除法則は、合衆国において判例理論として展開された排除法則（the exclusionary rule）から多大な影響を受けて生まれたものであるとされ、合衆国における議論がそのまま援用されることも多いが、排除法則の適用を認める根拠、適用基準等について異なる部分も少なくなく、我が国の最高裁が示す排除法則にかかわる判断を踏まえた検討が必ずしも十分にされてこなかったのではないかという指摘がなされた<sup>(4)</sup>。最高裁によって排除法

---

(2) 最一小判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁。

(3) 最高裁において、排除法則の適用が争われたものとして、①最一小判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁、②最二小判昭和 61 年 4 月 25 日刑集 40 卷 3 号 215 頁、③最二小決昭和 63 年 9 月 16 日刑集 42 卷 7 号 1051 頁、④最三小決平成 6 年 9 月 16 日刑集 48 卷 6 号 420 頁、⑤最三小決平成 7 年 5 月 30 日刑集 49 卷 5 号 703 頁、⑥最三小決平成 8 年 10 月 29 日刑集 50 卷 9 号 683 頁、⑦最二小判平成 15 年 2 月 14 日刑集 57 卷 2 号 121 頁、⑧最三小決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁、がある。この中で、最高裁が排除法則の適用を認めたのは、⑦の事例においてのみである。

(4) 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』527 頁（有斐閣、1998 年）。

則の適用が宣言されて以降、今日に至るまで多くの活発な議論が展開されてきたものであるが、排除法則の根拠および排除基準について更なる検討を要する部分も認められるものである。

以上の問題に対して、本稿においては、まず排除法則の母国ともいえる合衆国における議論を参照し考察を加える。その後、それらの議論を踏まえた上で、我が国における排除法則の根拠および適用基準等について検討していくことにする。

## 2. 合衆国における違法収集証拠排除法則

合衆国一般国民の認識とは異なり、合衆国憲法において、排除法則に関する明文の規定は存在しない。立法者は、合衆国憲法の性格に関して、連邦政府に認められる権限を抑制するためのものであると位置づけており、憲法規範をもって州の法執行に関する権限に干渉する意図を有するものではなかったとされている<sup>(5)</sup>。それ故、連邦政府の行動によって個人に認められる権利が侵害された場合に、国民は当該侵害に対して異議を申立てることが認められていたのではあるが、今日のような排除法則が確立されるまでには長い年月を要した<sup>(6)</sup>。

第 4 修正を根拠として排除法則が初めて適用されたのは、*Weeks v. United States*<sup>(7)</sup> においてであり、これは、連邦レベルにおける郵便による詐欺事件が審理された事案であった。当該事案において、被疑者逮捕の後、連邦保

---

(5) WALTER P. SIGNORELLI, *CRIMINAL LAW, PROCEDURE, AND EVIDENCE* 115 (2011).

(6) 合衆国憲法が制定された 1791 年から、1914 年までの 123 年間、違法収集証拠排除法則という法理論は認められていなかった。TRACEY MACLIN, *THE SUPREME COURT AND THE FOURTH AMENDMENT'S EXCLUSIONARY RULE* Introduction (2013).

(7) *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

安官は搜索目的で無令状の被疑者宅への立ち入りを行い、現場で発見された書簡の押収を行った。公判開始前、被告人は当該書簡が違法に押収されたものであると主張して、当該書簡の返還を求めていたが、結果として当該訴えは認められず、結局当該書簡が決め手となり、被告人は有罪を宣告されたものである。被告人は、これを不服として連邦最高裁判所に対して上訴を行った。連邦最高裁は、被告人の主張を認め、無令状での住居への立ち入りおよび、それに伴う搜索・押収は第4修正に反するものであるから、当該搜索・押収から得られた証拠物は被告人に返還されなければならないから、当該証拠物が公判において証拠として用いられることは認められない旨判示した。更にここでは、合衆国憲法第4修正の性格に関して以下のように述べられている。すなわち、第4修正は、その権力および権限を執行する合衆国裁判所および連邦レベルの法執行官を、その制限および抑制下に置くものであり、法執行を口実とした合理的な理由のない全ての搜索および押収から、人民、個人、住居、書類、動産等を永久に保護する効果を発揮するものであるとされた<sup>(8)</sup>。これは一般に Weeks 原則 (the Weeks doctrine) と呼ばれ、連邦政府における法執行官の行動を制限する指針として用いられた<sup>(9)</sup>。

Weeks 判決から6年後、Silverthorne Lumber Co. v. United States<sup>(10)</sup>において、連邦最高裁は、連邦捜査官が無令状で商業記録を押収したという事案について重要な判断を行なっている。本件事案において、捜査官は商業記録を無令状で押収した後、押収した書簡等の返還を求める Weeks 判決に基づいて、当

---

(8) *Id.* at 392.

(9) もっとも、Weeks 原則における押収された財物等の返還義務について、適法に所持された財物等のみをその対象とするものであった。それ故、United States v. Trupiano, 334 U.S. 200 (1949).; United States v. Jeffers, 342 U.S. 48 (1951).、等において、手続から排除された証拠品が不法に密輸されたものであった場合に、これを被告人に対して返還することはできないとされた。

(10) Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

該記録を複写した後これを被疑者へ返還しているが、その後の公判において、複写された記録は被告人の訴追に用いられている。これに対して被告人は、無令状捜索の結果押収された記録は、例えその複写であっても公判において証拠として用いることは許されないとして上訴し、連邦最高裁において訴えが認められたものである。多数意見において Oliver Wendell Holmes 判事は、不法に押収された記録から得られたいかなる情報も、これが排除されなければならないとして、公判において当該証拠が用いられることは到底許されるものではないとした<sup>(11)</sup>。以上の法理は、後に許容されない証拠を通じて得られた証拠もまた許容されないという「毒樹の果実論」(the fruit of poisonous tree doctrine)として知られることになった。これは、直接的な憲法違反の結果として得られた証拠物のみが汚染されているのではなく、当該違反を通じて得られた情報に基づいて収集された二次的証拠もまた汚染されているという理由から、当該違反によって憲法規範に由来する権利を侵害された人間に対して、当該証拠を用いて訴追を行うことはできないとするものである<sup>(12)</sup>。典型的な例として、盗品所持の嫌疑のために違法に逮捕された被疑者が、その身柄拘束中にその他の盗品の隠し場所を供述し、捜査当局がこれを押収した場合が想定できよう<sup>(13)</sup>。この場合、当該証拠物が被疑者の違法な逮捕中に獲得されたことを理由として、その訴追に用いることは許容されないという

---

(11) *Id.* at 392.

(12) 毒樹の果実論について、後年、連邦最高裁において本法則を制限的に解釈する判決が出された。いわゆる、独立性理論 (the independent source exception) は、捜査官の違法行為とは独立した手段により得られた証拠は許容されるとする。連邦捜査官が倉庫でマリファナを発見したが現認しただけで手を触れず、その後取得した令状をもとにマリファナを押収した事例において、当該押収の違法性の有無が争われた。令状発布の際に審査される相当な理由について、これが違法な立ち入りを行う前に取得された情報に基づくものであった場合には、当該証拠物は排除されないとの判断がされた (Murray v. United States, 487 U.S.553 (1988).)。

(13) WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 117.

結論が導き出されるであろう<sup>(14)</sup>。

Weeks 判決における排除法則および、Silverthorne 判決における毒樹の果実論について、両者はともに、裁判官の創出した法理論 (judge-made rules) とされ、これらは当時一般的に承認されているものであるとはいい難かった。当時、イギリスおよび、いわゆる大陸法が妥当するヨーロッパ諸国においても、合衆国における排除法則に類する法理は未だ確立されていなかったのである<sup>(15)</sup>。

Weeks、Silverthorne 判決の後、連邦裁判所において排除法則の適用が行われるようになったが、州裁判所が扱う刑事事件においても同法則が用いられるべきであるのかについては意見が分かれた。Benjamin Cardozo は、ニューヨーク控訴裁判所主席判事在任中において、先の Weeks、Silverthorne 判決において示された排除法則を批判し、その基準に反する判断を行なっている<sup>(16)</sup>。Cardozo 判事は、排除法則に対して疑問を提示していたのであり<sup>(17)</sup>、これが契機となって排除法則の是非をめぐる激しい議論が生ずることになった。すなわち、個人の権利に対する侵害行為を通じて得られた証拠物を無視せよと政府が求められる時、確かに自らのプライバシーを侵害された個人の視点から見れば、法規範が遵守されることが求められるだろう。しかしながら、同時に社会防衛等、社会的要請との不均衡を生じさせてまで、個人の保護が行われなければならないかという疑問が生ずる。社会は犯罪の制圧を必要とする一方で、法が遵守されることをも求めるのであり、国家権力が恣意的に運用されることによって法が軽視されることがあってはならない<sup>(18)</sup>。排除法

---

(14) Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

(15) People v. Adams, 176 N.Y. 351 (1903).

(16) People v. Defore, 242 N.Y. 13 (1926).

(17) Cardozo 判事は、排除法則の適用を、「警官の不適際のために、犯罪者が野放しになる」ものであるとして批判している。See *Id.* at 21.

(18) *Id.* at 21.

則の適用は、第 4 修正におけるプライバシー保護の実現にとって極めて強力な手段となるが、同時に、実際に犯罪を実行したことが確実視される者に対する訴追を不可能にする危険性を生じさせるものでもある。それ故、Weeks ならびに Silverthorne 判決において、排除法則は、合衆国憲法第 4 修正によるプライバシー保護を実現するための重要な要素であるとされたが、その後も本法則適用の是非、目的および適用範囲等について議論が行われた。この議論の中心となったのは、州および連邦レベルにおける法執行機関による違法捜査を抑止するためには、いかなる方策が有効となるかということであり<sup>(19)</sup>、これに関して多くの判例が蓄積されることになる。以下では、合衆国における排除法則に関する判例、特に第 4 修正にかかわるものを中心に概観し、考察を進める。

(1) Wolf v. Colorado<sup>(20)</sup>

本件事案において、警察官が捜索目的で無令状による住居への立ち入りを行ったものであり、当該行為の是非が争われたものである。本判決において、注目すべきは主に以下の 2 点である。第一に、連邦最高裁は、合理的理由が認められない捜索・押収からの保護について定める合衆国憲法第 4 修正が、適性手続条項である第 14 修正を通じて、州レベルにおいても適用されるという見解を示したということ。第二に、州が第 4 修正違反に対する救済手段として排除法則を適用する権限を否定したことである。

第一の点について、満場一致で決定されたが、本判決の多数意見は、適正手続条項は、連邦裁判所において許容されなかった証拠を、州裁判所が排除することを求めているものではないとした。本判決において、Flex Frankfurter 判事は多数意見として、法に基づく権限が無く、警察の権限にの

---

(19) WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 118.

(20) Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).

み基づく捜索を予告するものとして、昼夜を問わず住居のドアをロックすることが、歴史および英語国民の有する憲法規範に裏付けられた人権概念との調和を欠くものであるとして非難する論評は必要とされない。それ故、このような警察によるプライバシーに対する侵襲に対して、州が制裁を加えようとするのであれば、これが合衆国憲法第 14 修正の保障と逆行するものであるとすることに我々は躊躇しないものであると判示した<sup>(21)</sup>。

Wolf 判決において連邦最高裁は、個人のプライバシー保護に関して規定する第 4 修正が、適正手続条項である第 14 修正を通じて、州に対しても適用される旨明言したものである。しかしながらその一方で、第 4 修正違反に対する必要かつ厳正な制裁としての排除法則を適用についてはこれを否定した為に、結果として第 4 修正の実質的担保に対する本判決の効果は弱められたとする評価がなされる<sup>(22)</sup>。連邦最高裁は、本判決において、第 4 修正の要請である違法な捜索・押収に対する個人のプライバシーの尊重は、連邦レベルにとどまらず、州レベルにおいてもこれが実践されなければならないとしながら、プライバシー保護を担保するために行なわれる排除法則の適用については、これが犯罪制圧等、社会的要請との均衡を失ってはならないとして、法執行機関が第 4 修正に違反し、これを通じて何らかの証拠収集を行った場合においても、州は第 4 修正を根拠として当該証拠を排除する権限を有するものではないとした。

Wolf 判決は、恣意的な侵害からのプライバシー保護は、合衆国憲法第 14 修正の核となるものであり、これは州レベルにおいても実践されなければならないものであるということに躊躇するものではないとしながら、他方で Weeks 判決により示された排除法則は、本件事案における問題とは別のものであると結論付けたものである<sup>(23)</sup>。その理由として、Weeks 判決における

---

(21) *Id.* at 28.

(22) WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 118.

(23) TRACEY MACLIN, *supra* note 6, at 29.



排除法則は、第 4 修正が明確に要求するものではないこと、排除法則の適用について、当時 31 州においてこれが許否されており、合衆国における多数派足り得ていないことを挙げており、形成途上の救済手段について、各州の判断に委ねられるのではなく、連邦裁判所の判断が重視されなければならないとされた。Wolf 判決は、合衆国憲法第 4 修正におけるプライバシー保護の実践が、排除法則の適用と必ずしも結びつくものではないとし、法執行機関による第 4 修正違反が行なわれた場合の排除法則の適用について、その判断は裁判所に委ねられていることを示したものである。Wolf 判決における以上のような判断思考は、後に出される排除法則の適用を限定的に解釈する判決にも引き継がれているものである<sup>(24)</sup>。

以上見たように、本件事案において、第 4 修正に違反する捜査活動等を通じて得られた証拠に対する州レベルにおける排除法則の適用が否定されたものではあるが、Wolf 判決において注目すべき少数意見が出された。Murphy 判事の少数意見によれば、証拠排除は、憲法規範に由来する権利が法執行機関の違法捜査によって侵害されることを抑止する唯一の手段であるとされる。その理由として、たとえ権利侵害された者が警察等に対する民事訴訟を提起し、結果裁判所において原告勝訴となる判決が出されたとしても、捜査官等個人の資力では賠償を行うことが実質的に困難であることが挙げられ、これは社会共同体から承認される結果と矛盾するものであるとされる。また、地方検事は違法捜査に関わった捜査官等の訴追を躊躇する傾向にあるし、警察組織等においても違法捜査の抑止を自らの手で行えることが証明できるものではないことから、違法な捜索・押収の結果収集された証拠が排除され、刑事訴追が行われないうことが、違法捜査に対する最も効果的な抑止になるとする<sup>(25)</sup>。

---

(24) TRACEY MACLIN, *supra* note 6, at 29-30.

(25) Wolf v. Colorado, *supra* note 20, at 42. (Murphy, J., dissenting).

以上の意見は本件事案において採用されることはなかったが、これは以下で紹介する Mapp 判決において非常に大きな意義を有するものとなった。

## (2) Mapp v. Ohio<sup>(26)</sup>

本件事案における事実の概要は以下のとおりである。クリーブランド警察の警察官は、爆弾事件の被疑者が Dollree Mapp 宅に潜伏しているとの情報をもとに、Mapp 宅に立ち入ろうとした。当時、クリーブランド警察は、Mapp 宅への立ち入りのために必要となる令状発布を受けることができておらず、Mapp は警察官が行おうとしていた自宅への立ち入りを拒否した。それから約 3 時間後、警察官は再び Mapp 宅を訪れ、強制力をもって住居内へ立ち入ろうとしたが、Mapp は搜索令状を提示するように求めた。警察官の一人が一枚の用紙を提示し、これが搜索令状である旨告げた際に、Mapp はこれをつかみ取りその胸元へとしまいこんだ。いくつかのやり取りが行われた後、警察官は Mapp から用紙を取り戻すことに成功した。事実、用紙は搜索令状ではなかったのであるが、警察官は Mapp に手錠をかけた後住居内を搜索、結果いくつかのポルノに関する物品を発見した。Mapp は逮捕された後、先の搜索・押収によって収集された証拠物を基礎として、ポルノ所持およびその頒布を理由に有罪を宣告された。Mapp は判決を不服として上訴した。これを受けて、連邦最高裁は下級審の判決を破棄し、無令状搜索は違法である旨判示したのである。

Mapp v. Ohio において、Wolf 判決は破棄され、憲法規範に違反する搜索・押収によって得られた全ての証拠物は、州裁判所においてこれが許容されないと判断が下された<sup>(27)</sup>。これは、先の Wolf 判決において、個人のプライ

---

(26) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

(27) Wolf 判決においても、三人の裁判官は、憲法違反となる捜査活動を通じて得られた証拠物は排除されるべきであるとする旨の反対意見を表明しており、本判決においては特に Murphy 判事の少数意見が採用された。Id. at 670.

ヴァシー保護について定める合衆国憲法第 4 修正は、第 14 修正を通じて州に対しても適用されることが明確にされているのであるから、州レベルにおいても連邦レベルにおけるのと同様に、法執行機関等による第 4 修正違反が行われた場合には、排除法則の適用を通じて個人のプライバシー保護を行うことができるとする解釈に基づくものである。それ故、Mapp 判決において、合衆国憲法第 4 修正の禁止する不合理な搜索および押収に反して得られた証拠は、連邦裁判所におけるものと同様、州裁判所においても第 14 修正違反として排除されなければならないとされた<sup>(28)</sup>。Mapp 判決は、Weeks 判決において採用された排除法則を適用することなく、合理的ではない搜索・押収から個人のプライバシーを保護することは困難であるとする。その理由として、Wolf 判決における Murphy 判事の少数意見においても述べられるように、警察等法執行機関の違法捜査に対する自己抑制を期待することが困難であること、不合理な搜索・押収に対する民事法的な損害賠償が必ずしも有効に機能するものではないこと等が挙げられ、全ての州において合理的理由の欠ける搜索・押収に対する救済手段として、排除法則が適用されなければならないとされたのである<sup>(29)</sup>。

Mapp 判決は、法執行機関の行う搜索・押収に対して、裁判所が原則令状を要求するものであることを明確にしたものである。搜索・押収が令状に基づいて行われた場合には、その正当性が推定されるのであるから、被疑者・被告人が押収された証拠の排除を求める際には、相当な理由が欠ける等の理

---

(28) *Id.* at 654-657.

(29) Mapp 判決によって、排除法則は州レベルにおいても適用されることになったものであるが、これは同法則の適用範囲が約 9 倍に拡張されたことを意味するものである。というのは、連邦レベルにおける法執行官の数は約 87,000 人、その他州レベルにおける法執行官は、800,000 人であり、排除法則の適用が州レベルにおいても適用され、裁判所により令状主義の要請が確認されたことで、法執行官の活動に対する統制効果は相当なものであったことが考えられる。WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 121.

由で令状発布が違法であった旨立証しなければならない。他方、無令状の捜索・押収が行われた場合には、訴追側が令状要件の例外が認められる事情があった旨を立証しなければならないことになるのである<sup>(30)</sup>。

### (3) Payton v. New York<sup>(31)</sup>

1980年、Payton v. New Yorkにおいて、連邦最高裁は、合衆国憲法第4修正の適用範囲を拡大し、本条の規定は、物品等に対する押収に限らず、人の押収 (seizure of person)、すなわち逮捕に対してもその効力が及ぶものであり、第4修正は軽罪を理由とする被疑者逮捕のために、無令状かつ当該被疑者の同意なくその住居に立ち入ることを禁ずるものである旨判示した。

当時、合衆国のほとんどの州において、被疑者を逮捕する相当な理由が存在する場合には、捜査官等は令状なしに被疑者宅へ立ち入ることが認められていた。以上のことは、数百年の間コモンローの認めるところであり、憲法規範に照らしてみても正当化されるものであった<sup>(32)</sup>。本件事案が対象とするニューヨーク州においても、1971年、逮捕のために無令状で住居への立ち入りを認める旨規定する刑事手続法<sup>(33)</sup>が成立している。これによれば、警察官は、立ち入りを行うとする建造物内に被疑者が現存していることについて信ずるに足る合理的理由を有しており、かつそれが被疑者逮捕を目的とするものである場合には、無令状での建造物内への立ち入りが認められるとされていたのである。

---

(30) WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 121.

(31) Payton v. New York, 445 U.S. 573 (1980).

(32) いくつかの州においては、逮捕のために行われる無令状の住居への立ち入りについて、これが許容されるのは重罪事件に限定されとの規定を設けたが、軽罪事件においてもこれを認める州が多かったようである。以上について、WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 121.

(33) New York Criminal Procedure Law 140.15 (4).

以上の状況とは異なり、本件事案において連邦最高裁は、衆人環視のもとで行なわれる警察の押収が無令状でも許されるのとは異なり、住居内での搜索・押収について、これを認める令状がない場合には、その違法性が推定されるという第 4 修正の基本原則を確認したものである。そして、更に Payton 判決の多数意見は、逮捕のために住居へ立ち入ること、搜索および何らかの物品を押収するためのそれは、両者ともにプライバシーおよび住居の神聖性の保護についての利益と関係するものであるとし、それ故、人の押収、すなわち逮捕が問題とされる場合にも、第 4 修正の基本原則に鑑みて、無令状で住居に立ち入ることは認められないものであると結論づける。以上見たように、Payton 判決は、捜査対象者の住居 (home) への立ち入りを伴う無令状搜索を広く認める旨定めるニューヨーク州刑事手続法の規定について、これが認められないと判示したが、同法が合衆国憲法に違反するか否かについて明言はしていない<sup>(34)</sup>。

以上の判断に際して、連邦最高裁は、搜索のために行なわれる住居への立ち入りと、逮捕のためのそれは質的に異なるものではなく、その程度についての差異が認められるだけであるとする。すなわち、両者は個人の住居へ無許可で立ち入るという点で共通するものであり、物品等の押収のために行なわれる住居への立ち入りと、被疑者逮捕の為に行なわれる住居への立ち入りについて、第 4 修正において両者はともに同質のものであるから、その目的を問わず、無令状で行われる立ち入りは、原則これが認められてはならないとされた。ここでは、とりわけ人の住居内におけるプライバシー保護の重要性が強調された。住居以外、他の私的空間、例えば私的オフィス等におけるプライバシー保護は、もちろんこれが実践されなければならないとされつつも、その必要性の程度については住居内におけるそれと比して、これが低いものとされた。

---

(34) WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 121.

Payton 判決は、第 4 修正が適用される範囲を従来よりも拡大したともいえるものであるが、この帰結は伝統的なコモンローの思想に依拠するものであるともいえる<sup>(35)</sup>。合衆国憲法の立法者意思に鑑みれば、第 4 修正が求めるのは、令状が要求されるということ、無令状の場合においても当該手続における実質的危険が最小限でなければならないということである。歴史的法源としてのコモンローからも、既に個人のプライバシーに関わる利益に対する敏感さが示されており、立法者がこれに大きく影響されていたことが伺われる<sup>(36)</sup>。合衆国において繰り返し言及される「我が家は我が城」という格言は、「我が家における自由」がイギリスおよびその植民地において極めて重要な要素の一つであったことを明確にするものである<sup>(37)</sup>。以上の考えに従い、Payton 判決は、逮捕行為のために無令状で被疑者の住居に立ち入ることを禁ずると同時に、被疑者の住居内において行われた当該逮捕行為に伴う捜索および押収等から得られた物理的証拠、供述証拠は排除されなければならない旨判示したものである。

Mapp 判決、Payton 判決において、個人のプライバシー領域における捜索・押収および逮捕について、令状主義の原則が確認されたものであるが、以上の諸判決において問題とされたのは、個人のプライバシー領域に直接の立ち入りを伴う、捜索・押収、逮捕に関するものであり、法執行機関によるプライバシー領域に対する間接的侵害が行なわれた場合、これをどのように扱うのかについては明確な判断がされていない。この問題について、以下で取り扱う *Kyllo* 判決が重要なものとなる。

---

(35) *Payton v. New York*, supra note 31, at 581.

(36) *Id.* at 596.

(37) *Id.* at 597.

(4) *Kyllo v. United States*<sup>(38)</sup>

空港、裁判所、刑務所等、公共の建造物における、武器、爆発物、その他危険物を発見するために行なわれる何らかのスクリーニング検査機器 (screening device) を用いた捜索について、通常その合理性に疑いはないものであるといえ、これは合衆国憲法第 4 修正に違反するものではないものとされている。このような場合において、私人には検査機器による捜索に対するプライバシーを期待する合理的理由が欠けるものであるとされるのであり、以上のような場合において、私人が自らのプライバシーを侵害されることに耐え難いというのであれば、このような公共の建造物に立ち入らないという自由が認められるというのである<sup>(39)</sup>。

しかしながら、以上のような場合とは異なり、私人は自らの住居等、私的空間において、そのプライバシーが侵害されないことを期待できるものであるから、警察等、法執行機関が住居内へ直接立ち入らず、何らかの機器を用いてその内部を探知することが許容されるかが問われるのである。*Kyllo v. United States* において、連邦最高裁は、法執行機関がサーモグラフィカメラおよび他の熱探知機を用いて公道上から被疑者の住居内を探知することは、第 4 修正に違反するものである旨判示した。本件事案において、警察はサーモグラフィカメラ等の機器を用いて、被疑者の住居内における熱量を計測することにより、マリファナの育成に用いられる特殊な高光度ランプが存在するか否かを判断しようとしたものである。結果、サーモグラフィカメラは、*Kyllo* 宅のガレージの屋根および壁から、他の住居部分と比して高い熱量を感知した。この情報等を基にして、警察は *Kyllo* 宅の捜索令状を取得、捜索の結果マリファナ工場が発見された。*Kyllo* は逮捕され有罪が宣告されたが、これを不服として上訴、警察によるサーモグラフィカメラ等を用いた公道上

---

(38) *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

(39) WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 400.

から住居内の熱量探知が行われる為には搜索令状が必要であり、これが第4修正に違反するものである旨主張した。これに対して連邦政府は、本件事案におけるサーモグラフィ検査は、住居外側の表面から放出される熱量を探知するものにすぎないのであるから、当該検査は第4修正にいう搜索に該当するものではないと反論した。結果として連邦最高裁は、*Kyllo* の主張を認め、本件事案において用いられたようなサーモグラフィカメラ等による住居内の熱量探知は第4修正にいう搜索にあたり、無令状による当該検査を認めることは、住居所有者が、その住居内におけるすべての活動を識別することを可能にする先進的なテクノロジーによって常に翻弄されることになるから妥当ではないと結論づけた<sup>(40)</sup>。

もっとも、警察が目視による住居外側の監視を行おうとする場合には、搜索令状は要求されない<sup>(41)</sup>。これとは異なり、住居、他のプライバシーが保護されることを期待できる空間内を、ビデオ機器等を用いて監視しようとする場合には、当然のことながら搜索令状が要求されることになる。

#### (5) *Brigham City, Utah v. Stuart*<sup>(42)</sup>

本件事案における事実の概要は以下のとおりである。2000年7月23日午前3時頃、Utah州Brigham市において、パーティーの騒音がひどいとの通報を受けて、数名の警察官が対象となった住居を訪れた。警察官らが現場へ到着した直後、銃声のような音が鳴り、彼らは当該住居の裏庭へ向かった。そこで警察官らは、2人の少年がビールを飲んでいるのを発見した後、裏庭へと立ち入った。警察官らは、裏庭から窓、網戸越しに住居内を観察、一人が台所で成人4人が力づくに少年を押さえつけ拘束しようとしているのを発見

---

(40) *Kyllo v. United States*, *supra* note 38, at 35-36.

(41) *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986).

(42) *Brigham City, Utah v. Stuart*, 547 S. Ct. U.S. 398 (2006).



した。これに対して少年は反抗し、乱闘に発展、結果少年は彼を押さえつけようとした成人一人の顔面を殴打した。警察官らは、殴打された成人の顔面から激しく流血しているのを確認したが、残りの 3 人は少年の拘束を諦めておらず、彼が押さえつけられている冷蔵庫が動くほどの力で少年を押さえつけていた。警察官らは、網戸を開け住居内へと立ち入り、警察が来た旨告げしたが、少年、成人ら 4 人は、誰もこれに気づかなかった。警察官らは、台所へと立ち入った際に、再び警察が来た旨大声で告げ、ようやく彼らは警察官らが住居内に立ち入ったことに気づき、成人 4 人による少年に対する行為が中止されたのである。彼らは警察官によって逮捕され、それぞれ未成年者の非行および無秩序行為、酩酊を理由に起訴された。第一審において、被告人らは警察官らが行った無令状での住居への立ち入りは合衆国憲法第 4 修正に違反するものであるとして異議申立を行い、これが認められた。また、上訴審においても被告人らの主張は認められ、ユタ州最高裁判所 (the Utah Court of Appeals) は以下のように判示した。

警察当局は、本件事案における無令状での住居への立ち入りは、2つの理由から正当化されるとするが、これらの主張はいずれも認められない。第一に、少年の殴打行為によって生じた傷害は、いわゆる緊急救助の法理 (the emergency aid doctrine)<sup>(43)</sup> の適用を肯定するほどの重い程度のもとはいえず、それ故、住居内において意識不明およびそれに準ずる状態にあるもしくは、行方不明の人間が重大な傷害および死亡していると思料するに足る客観的合

---

(43) *Mincey v. Arizona* において緊急救助の法理に関する判断が行われた。同法理によれば、重大な傷害を負った者を救助する必要性があると信ずるに足る相当な理由を法執行官が有している場合には、無令状で行う住居内への立ち入りが正当化されるものとされ、当該行為は第 4 修正に違反するものではないとされる。令状要件の例外を正当化するための緊急性が認められるためには、救助対象者の安全および健康状態が生命の危険に晒されているといえる程度のものであることが求められるとされた。しかしながら、本件事案において、重大な傷害概念についての定義は行われていない (437 U.S. 385 (1978).)。

理性を警察官らに与えるものではないといえ、警察官らが傷害を負った成人を実際に救助しようとはせず、法執行に専念したことも、同法理が適用されない理由であるとした。またユタ州最高裁判所は、無令状による住居への立ち入りを正当化するに足る緊急状態 (exigent circumstances)<sup>(44)</sup>の存在についても、これを否定したものである。同裁判所の判断によれば、緊急状態における令状要件の例外が認められるためには、警察官等が住居等へ立ち入ることについて、警察官等および他の人間を身体的侵害から保護するために必要であると信ずるに足る相当な理由を有していたこと、思慮分別のある一般人からして当該必要性があると信ずるに足る事情が存在していたことが求められるとされ、本件事案において以上挙げた要件を満たすものではないとされた。

以上のユタ州最高裁判所の判断に対して、連邦最高裁はこれを否定し異なった判決を下した。すなわち、住居への立ち入りを伴う無令状捜索・押収は、合衆国憲法第4修正の基本原則からすれば原則違法であるが、これには例外があるとし、本件事案において警察官がした無令状での住居内への立ち入りは、当該住居内にいる人間が重大な傷害を負いその生命が脅かされていると信ずるに足る客観的合理性について、警察官らがこれを有していたと判断されることから正当化されるものであるとされた。連邦最高裁の判断によれば、令状要件の例外を認めるに足る緊急状態が存在しているといえるためには、人間が重大な傷害を負っていること、もしくはそのような傷害を負う危険にさらされていることが必要とされ、生命保護の必要性および、重大な傷害結

---

(44) Mincey 判決において、連邦最高裁は、法執行の必要性を肯定する緊急状態が存在する場合において、無令状でプライバシー領域への立ち入りが行なわれたとしても、これが合衆国憲法4修正に違反するものではないとしたものである。この後に、令状要件の例外が認められるための判断に際し、犯罪の重大性 (Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740. (1984))、法執行官の主観目的等の要素が重要であるとされた (Graham v. Connor, 490 U.S.386 (1989))。

果回避の必要性は、本来であれば否定される緊急性の存在を正当化する根拠となるとされた。それ故に、連邦最高裁は、捜査官および第三者の権利、とりわけ生命、身体等に関わる法益を保護するために、令状要件が緩和される場合があるとして、本件事案における警察官による法執行は、傷害を負った住居内の人間を支援するためおよび、傷害による生命の危険から人間を保護するためのものであるから、警察官らには、無令状で当該住居内への立ち入りが認められるとされ、これが合衆国憲法第 4 修正に違反するものでないと判示したものである<sup>(45)</sup>。

本件事案において被告人らは、特に警察官らの住居への立ち入り目的について争ったものであるが、連邦最高裁は、本件事案において警察官らの当該住居への立ち入りを正当化するに足る客観的事実が存在する限り、法執行官の主観的意思に関わらずこれが正当化されると判断し、警察官らの立ち入り目的に関わる主観的意思は重要とならない旨判断している。これは、無令状での住居への立ち入りを正当化する緊急状態の存否についての判断に際して、警察官らの主観的意思ではなく、事件現場における客観的事実の重要性を強調するものである。以上に関して連邦最高裁は、仮に警察官らが法執行を主たる目的として、無令状で当該住居へ立ち入ったものであるとしても、以下の事柄を考慮してこれが第 4 修正に違反するものではないとした<sup>(46)</sup>。

- ・警察官らが深夜 3 時にパーティーの騒音についての苦情を理由に事件現場に出動したこと。
- ・警察官らが対象となる住居へ立ち入る前に、その内部から喧嘩が行われているような凄まじい物音や、「止めろ、止めろ」、「離せ」などと何者かが大声で叫んでいるのを聞いていること。
- ・警察官らが当該住居へ立ち入る前に、玄関口のドアをノックしているこ

---

(45) Brigham City, Utah v. Stuart, *supra* note 42, at 403-404.

(46) *Id.* at 406.

と。

- ・物音が住居の裏手から聞こえてきており、かつ玄関口近くの窓からは何も見えなかったため、警察官らが住居裏口へ回ると、飲酒している少年二人が発見されたこと。
- ・警察官らが住居裏手へまわった際に、台所で拳を握った少年が数名の成人に拘束されていたのを網戸越しに見つけた。少年は拘束から脱した後、成人一人の顔面を殴打し、成人の顔面から多量の出血、警察官らがこれを目撃していたこと。

これらの諸状況を勘案し、連邦最高裁は、本件事案において警察官らが傷害を負った成人が救助を必要としていると判断し、台所における一連の行為が開始された直後であったと信ずるに足る客観的合理性を有していたと判示したものである<sup>(47)</sup>。

被告人らは、警察官らが緊急状態の存在を主張する根拠とした成人が負った傷害について、先に出された連邦最高裁判決に依拠して、これが緊急性を肯定できる程度の重大性に欠けるものであるとも主張しているものであるが<sup>(48)</sup>、この点についても連邦最高裁は、本件事案とは争点が異なることを理由として訴えを退けている。

---

(47) 本件事案における警察官の住居への立ち入りに際して、その態様が適切であったか否かについても争点となったが、連邦最高裁は、警察官らが Knock and Announce の法理に従っている点などを考慮し、これが適切であると判断した。Knock and Announce の法理について、松田龍彦『捜索・押収手続での令状の事前提示と Knock and Announce (来意告知) 法理—日米最高裁判決の比較と検討—』法学新報第 111 巻 1・2 号 267 頁以下参照 (2004 年)。

(48) *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740 (1984). 麻薬による酩酊中の運転に関する嫌疑を理由に逮捕を行うために、無令状で被疑者宅への立ち入りが認められるか否かが争われた事例。無令状で行われる住居への立ち入りを肯定する緊急状態の存否判断に際して、審理の対象となっている犯罪の重大性の程度が重要となる旨の判断を行なっている。それ故、軽微犯罪について、無令状による住居への立ち入りを正当化する根拠とは成り得ないとされた。

本件事案において連邦最高裁は、合衆国憲法第 4 修正は、ある者の暴行により他の者が意識不明もしくは、より重大な結果が生ずるまでの間、法執行官が住居への立ち入りを行わないように要求するものではないとし、法執行官には、まさに行われようとしている暴行を未然に防ぎ、秩序回復を行う役割が期待されるとする。以上について連邦最高裁は、「法執行官はボクシングのレフリーではない」と表現し<sup>(49)</sup>、諸事情を勘案し緊急状態の存在が認められる場合には、たとえ警察等、法執行官による個人のプライバシー領域への侵害となるものであっても、例外的に当該行為が正当化される得る場合がある旨判示したものである。

#### (6) 小括

以上見たように、合衆国における排除法則は、法執行に関わる捜査官等が、憲法規範において個人に保障されるプライバシー領域に対して、相当な理由なく不当にこれを侵害した場合に、これに対処するためのものとして登場したものである。Mapp 判決において明らかにされたように、裁判所は、排除法則の性格について、法執行官の法執行活動の基準を統一し、これを統制する役割を果すものであるとする。本来であれば、警察等の法執行機関において、自らがその行動について基準を確立し、その適法行動を担保するためにはいかなる方策を用いるべきかについて責任を負うべきものであると考えられるが、法執行官の自己統制は基本的に期待することができないから、排除法則といういわば外部的圧力を加えて、法執行官の違法活動を抑制しようとする意図があったものである。

周知の通り、合衆国は連邦制を採用しているものであるから、合衆国憲法の性格についても、本来これは連邦政府に認められる権限を抑制するためのものであると位置づけており、憲法規範をもって州の法執行に関する権限に

---

(49) Brigham City, Utah v. Stuart, *supra* note 42, at 406.

干渉する意図を有するものではなかったとされていることは既に述べた。それ故に、Weeks、Silverthorne 判決によって排除法則が生みだされた後においても、同法則の州レベルにおける適用の是非が争われ、Wolf 判決においては第4修正におけるプライバシー保護が適正手続条項を通じて州レベルにおいても実践されなければならないとされつつも、排除法則の適用についてはこれが否定されたものである。しかしながら、地域的分権を理由として、長きに渡って法執行官の行動について合衆国における共通基準が設定されず、これによる不利益が増大したために<sup>(50)</sup>、Mapp 判決において法執行官の行動を統制し、違法な活動を抑制するための手段として、排除法則が州レベルにおいても適用されなければならない旨判示されたものである。

排除法則の目的について、Weeks 判決においては、合理的な理由に欠ける全ての捜索および押収から、人民、個人、住居、書類、動産等を保護する為のものであるとされ、政府機関が適法ではない行為から利益を得てはならないものであるとされた。これは、政府の社会契約を遵守しなければならないという約束が憲法規範の基礎にあることから、政府がこのような約束に違反して一切の利益を受け取るべきではないという規範的原理に基づくものであると説明された。以上のことは、排除法則の適用は、政策的配慮に基づくものではなく、憲法規範の基本原則からの要請であるとする考えに由来するものであるが、1950年代以降功利主義的傾向の前で、判例上は姿を消して行くことになった<sup>(51)</sup>。

Wolf 判決において、第4修正におけるプライバシー保護の重要性が確認されたが、これを担保するために行なわれる排除法則の適用について、これが第4修正を構成する要素ではないとの判断がされ、州レベルにおける同

---

(50) 渥美東洋「排除法則の根拠とその適用 (2)」法学セミナー 375号 111頁 (1986年)。

(51) 渥美・前傾註 (50) ・ 111頁参照。

法則の適用が否定された。これは、後の排除法則の適用を限定的に解する諸判決に大きな理念的影響をあたえるものであったが、一方で Wolf 判決は、プライバシー保護について定める第 4 修正の実質的効力を減退させるものであるとの評価がされる。州レベルにおける第 4 修正の効力を担保するための排除法則適用について、Mapp 判決において再度これが肯定される。同判決は、排除法則の目的について、自らのプライバシーを不当に侵害された個人の権利救済の実現がこれに含まれるとしながら、警察等、法執行官の違法な捜査活動の抑止をその主たるものとして挙げ<sup>(52)</sup>、個人のプライバシー領域における法執行官の行う捜索・押収について、原則として令状が求められることが確認された。Payton 判決において連邦最高裁は、更に第 4 修正の適用範囲を拡張する判断を下した。すなわち、捜索のために行なわれる住居との立ち入りと、逮捕のためのそれとの差異は質的なものではなく、その程度についての相違が認められるに過ぎないとされ、逮捕を目的とする法執行官の住居への立ち入りについても、原則として令状が要求されるものとされた。

更に、Kyllo 判決においては、直接住居内への立ち入りが行われない場合においても、サーモグラフィ検査機器等を用いて、個人のプライバシー領域における行動を監視することが捜索に該当する場合があるとされ、第 4 修正の適用範囲について、従来と比してこれを拡張的に解したものである。これは、先進的テクノロジーによる探知機機を用いた間接的なプライバシー領域に対する侵害行為についても、第 4 修正の保護対象となると判断されたものであり、連邦最高裁のプライバシー保護に対する、時代の変化に応じた柔軟な姿勢を示すものであると評価することができよう。

---

(52) 同判決において、遵守されなければならない憲法規範について、裁判所がこれに違反することの共犯者となってはならないとされた。これは、違法に収集された証拠に基づいて判決を下すことで、裁判所の完全性が損なわれてはならないという考えに基づくものであり、排除法則の目的について、裁判所の完全性維持がこれに含まれるとするものである (Elkins v. United States, 364 U.S. 206, 237, (1960))。

Kyllo 判決において、第 4 修正の適用範囲について、これを拡大する解釈がされたが、一方で連邦最高裁は、法執行官の行動について令状要件の例外を認める判断を数多く行なっており、これにより第 4 修正の効力を担保するために最も強力な手段となる排除法則の適用について、多くの場面でこれが制限的に解されることになる。合衆国における排除法則の判例の展開は、その適用範囲を限定する歴史であったものであるとされる<sup>(53)</sup>。既述のように、排除法則の目的として、第一義的に違法捜査活動の抑止が挙げられており、これに加えて権利侵害の救済という観点が重要であるとされる。排除法則の目的としての権利侵害の救済について、憲法規範に由来する基本権保障に資するためのものではあるが、違法捜査抑止が排除法則の第一目的であるとされる以上、政策的な配慮がそこに入り込むことになり、法執行官による基本権侵害があった場合においても、常に排除法則の適用が肯定されることにはならない。合衆国における学説の中には、排除法則は単に政策的原理にとどまらず、明文によって要求されるものではないが、これが第 4 修正の一部をなすものであるという主張をするものも見られる<sup>(54)</sup>。しかしながら、判例理論に従えば、基本権侵害が認められる場合においても、排除法則の適用により抑止効果が期待できない場合、利害損失の比較衡量により排除法則の弊害が大きいとされる場合には、排除法則の適用が行なわれないという結論が導き出されることになる。Stewart 判事によれば、排除法則のインパクトを減殺するのは、排除法則自体の適用を限定する方法と第 4 修正の適用範囲を限定する方法があるとされる<sup>(55)</sup>。先に見たように、Wolf 判決において、第 4 修正

---

(53) 州見光男「アメリカにおける排除法則の現況」現代刑事法 5 卷 11 号 52 頁 (2003 年)。

(54) Kamisar, Does (Did)(Should) the Exclusionary Rule Rest on a "Principled Basis" Rather Than an "Empirical Proposition" ?, 16 Creighton L. Rev. 565, 623 (1983).

(55) Potter Stewart, The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development, and Future of Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases, 83 Colum.L.Rev. 1365, 1397 (1983).



におけるプライバシー保護の重要性が説かれつつ、これを実現する手法としての排除法則の適用についてはこれが否定されたものである。これは、第 4 修正違反が行なわれた場合においても、これに対する救済手段としての排除法則の適用を否定するものであり、同法則の適用と第 4 修正の保障について、両者が一体の関係であることは否定された。これとは異なり、Mapp 判決においては、第 4 修正違反の救済手段として排除法則が適用されなければならないとされたが、Wolf 判決において述べられた、第 4 修正におけるプライバシー保護実現と、排除法則適用が常に一体のものではないという考えは今日においても生きてるように思われる<sup>(56)</sup>。

また、第 4 修正にいう「搜索・押収」該当性についての判断、無令状搜索・押収の許容性判断等について、連邦最高裁は第 4 修正の適用範囲を縮小的に判断し、実質的に排除法則の適用を限定的に解するものであるように思われる。例えば、善意の例外<sup>(57)</sup>、緊急救助の法理等がこれに当たるとされ、法執行官が緊急状態の存在を信ずるにたる客観的合理性を有しているかが判断されてきた。以上の判断に際して、従来は捜査対象となる犯罪の重大性が重要なメルクマールになるとされていたが、Stuart 判決において、捜査対象が軽微犯罪である場合においても<sup>(58)</sup>、事件現場における諸状況を勘案し、法執行官が緊急状態の存在が認められると信ずるに足る客観的合理性を有していることが認められれば、個人のプライバシー領域における無令状搜索が行われたとしても、これが第 4 修正に違反するものではないとされたのである。連邦最高裁は以上の判断に際して、第 4 修正は、未然にその発生を防ぐことができる生命、身体および他の財物等へ対する深刻な危険を目前としながら、これを傍観することを求めるものではないとした。これは、連邦最高裁において、第 4 修正における個人のプライバシー保護の要請が、捜査官および第三者保護との利益衡量によって、必ずしも優先されるものではない

---

(56) TRACEY MACLIN, *supra* note 6, at 30.

ということが確認されたものであり、捜査対象となる犯罪の重大性の程度がそれほど高くない場合においても、第4修正の適用範囲が限定的に解されることがある旨示されたものであると評価できるように思われる。ここでは、法執行官には暴行、傷害および他の秩序破壊行為について、これを防止する役割が期待されるものであるとされ、以上の目的を達成するために、例外的に無令状による住居内への立ち入りが正当化される場合がある旨判示された。これは、法執行官自身および第三者の生命、身体等の保護を目的とする

---

(57) *United States v. Leon*, 468 U.S. 897(1984). *Leon* 判決において、排除法則は、捜査官の違法捜査抑止を目的とするものであるから、捜査官が善意で令状の有効性を信じたことが客観的に見て合理的である場合において、抑止効果が期待できないことを理由として、排除法則の適用に関して、「善意の例外」(the good-faith exception)を認めるものである。もっとも、善意で行なわれた捜査官の行為すべてについて、令状の有無を問わず善意の例外が認められるかについて、連邦最高裁は判断を避けている。善意の例外が認められるかについて、近年連邦最高裁は、法執行官の主観的要素を判断材料として判決を下している。すなわち、逮捕状が取り消されていた事実を法執行官が既に知り得ていたにもかかわらず、これがデータベースに反映されていないことを認識しながら、無効な逮捕状に基づいて逮捕を行った場合、当該逮捕が違法であるとされたのである。しかしながら連邦最高裁は、本件事案における法執行官の過誤は、憲法上の要求を軽視する組織的なものではなく、捜索とは関わりのないものであり違法捜査の抑止効果が期待できないこと、証拠排除によるコストが正当化できないことを理由として、排除法則が適用されない旨の判断を行なっている (*Herring v. United State*, 129 S. Ct. 695 (2009).)。以上 *Herring* 判決について、守田智保子「排除法則における主観的要素」法学研究 134 頁以下参照 (2010 年)。また、同判決における排除相当性の判断について、法執行官に有責性が認められるか否かが重要な要素であるとされる。石川雅俊「排除法則における主観的事情の考慮について」法学会雑誌第 51 卷 1 号 264 頁以下参照 (2010 年)。

(58) 以上の判断に対して、判決自体に不服はないとしながら、軽微犯罪が問題とされる本件事案において (本件事案における対象犯罪は、90 日以上 6 ヶ月以下の刑期が予定されるものであった)、6 年間にも渡る長期間審理が行われたことは無価値であったとされる、*Stevens* 判事の同意意見が付されている (*Brigham City, Utah v. Stuart*, *supra* note 42, at 407. (Stevens, J., concurring).)。

場合において、令状要件の例外が認められるとするものであり、これを正当化する緊急状態の有無に関する判断において、法執行官の主観目的は重要視されず、かつ対象となる犯罪の重要性の程度もそれほど高いものである必要はないとされたものである。比較衡量的判断思考から、排除法則の適用について制限的に解釈されることは従来から行われてきたものであり、同法則の適用によって違法捜査の抑止効果が認められる場合でも、同法則の弊害が大きい場合にはその適用が否定されることがあったことは既述のとおりである。Stuart 判決は、法執行官及び第三者の生命、身体等の保護が求められる状況において、たとえ法執行官の目的が、意図的なプライバシー侵害を伴う捜索・押収であったとしても、無令状による住居への立ち入りが認められることがあるとして第 4 修正の適用範囲を制限的に解釈し、これによって排除法則の適用を否定するものである。たしかに、第 4 修正の適用が議論の対象となる事案において、最も議論されるべきは、令状の有無についての問題ではなく、当該事案において行われた、プライバシー領域内における捜査活動に合理性があったか否かに関するものであり、事案ごとに合理的理由の内容、程度等について、これがそれぞれに異なるものである<sup>(59)</sup>。この合理性判断について、捜査活動の相当性についてのみ問題とされるのではないとし、かつて、Robert Jackson 判事は、捜査対象となる犯罪の重大性に応じて、認められる捜索・押収の範囲が拡大されるべきであると主張した<sup>(60)</sup>。以上について、捜索を行うことについての合理性が 0.1 % しか存在しないと思われる場合でも、飛行機に爆弾が仕掛けられたことが疑われる場合において、これが正当化されるべきであるとされるとの主張もなされる<sup>(61)</sup>。また、近年大きな関心を集めている、いわゆる「テロとの戦い」のために、刑事訴訟の基本原

---

(59) AKHIL REED AMAR, THE CONSTITUTION AND CRIMINAL PROCEDURE 32 (1997)

(60) Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 13-14 (1948).

(61) AKHIL REED AMAR, supra note 59, at 32.

則が例外的に適用されない場合があるかが議論されているが<sup>(62)</sup>、刑事訴訟における基本原則の例外を認めることについては、慎重にこれが判断されなければならないだろう<sup>(63)</sup>。緊急救助の法理に基づく例外等の判断について、従来、捜査対象となる犯罪の重大性がそのメルクマールとなるものとされたが、既述のとおり Stuart 判決においては、法執行官及び第三者の高度に個人的な法益保護の必要性の程度が高いと客観的事情に鑑みて判断される場合には、犯罪の重大性の程度にかかわらず、令状によらない法執行官の行動が正当化される場合があるものとされた。個人のプライバシー保護が偏重されることによって、第三者の生命、身体等が危険に晒され、これに対して有効な手段をとることができない、という事態は好ましいものであるとはいえないが、一方で、令状要件の例外を認める場合においても、そこから生じる実質的危険は最小限にされなければならない、緊急状態を利用した法執行官の恣意的行動によって、個人のプライバシー領域が不当に侵害されることは避けられなければならない。憲法規範に由来する個人の基本権保障と、刑事捜査・訴追を通じた犯罪制圧および秩序維持等、社会的要請との調整をいかにして図るかが重要となるように思われる。

---

(62) WALTER P. SIGNORELLI, *supra* note 5, at 407.

(63) 以上の問題は、合衆国にとどまらず、ヨーロッパにおいても活発に議論が行われている。以上の問題について、拙稿「ヨーロッパ連合における刑事訴訟の共通基準について—被疑者・被告人の防御権保障に関する物を中心に—」*広島法学* 35 卷 2 号 177 頁以下、166 頁以下参照 (2011 年)。ヨーロッパにおいては、人権条約およびヨーロッパ法との関係でも議論が行われているものである。ここでは、刑事訴訟の公正性を担保するために求められる最低限守られなければならない基準が存在するものとされ、刑事訴訟における基本原則の例外は、可能な限りこれが認められてはならないものであるとされる。*Vogel / Matt, Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union*, S+V, 2007, S.123-214.

### 3. 我が国における違法収集証拠排除法則に関する若干の考察 — 合衆国における議論を参考に —

わが国においても、先に扱った合衆国におけるものと同様に、排除法則に関する憲法、刑事訴訟法上の明文による規定は存在しない。わが国の判例は、当初、「押収物は押収手続が違法であっても物其自体の性質、形状に変異を来す筈がないから其形状等に関する証拠たる価値に変わりはない」<sup>(64)</sup>とし、学説においても、証拠物については収集手続の違法は証拠価値に影響するものではなく、手続違法を理由として証拠排除を行い、有罪であることが明らかかな者を処罰できはいことは実体的真実主義に反するなどの批判がされ<sup>(65)</sup>、排除法則の適用について消極的な主張がされた。

しかしながら、その後わが国において、適正手続の理念に基づく合衆国における議論が注目されるようになり、学説の多くは少なくとも収集手続に重大な違法がある証拠物について、排除法則が適用されるべきであると主張するようになった。これは多くの下級審判例においても大きな影響を与え、ついに、わが国の最高裁は「事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、捜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が捜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項等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、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

---

(64) 最三小昭和 24 年 12 月 13 日裁判集刑事 15 卷 349 頁。

(65) 加藤克佳「違法収集証拠排除法則」法学教室 245 号 38 頁 (2001 年)。

においては、その証拠能力は否定されるものと解するべきである」と判示し、初めて排除法則の採用を宣言したものである<sup>(66)</sup>。これは、わが国の刑訴法1条に示される刑訴法の目的である「事案の真相の究明」と「個人の基本的人権の保障」という、二つの要請を調和させる必要性から、一定の場合に違法収集証拠を排除することが求められるものであるとされる<sup>(67)</sup>。

昭和53年判決において最高裁は、令状主義の精神と抑止効果を考慮した政策的考慮から排除法則を採用したものであり、同法則の根拠を憲法に求めず、これを刑訴法上の原則であると位置づけるものであるとする。確かにわが国の憲法は、排除法則に関する明文の規定を有していないものであるが、このことから直ちに排除法則が憲法上の要請に基づくものではないとすることができるのであろうか。Wolf判決において連邦最高裁は、合衆国憲法において排除法則についての明文による規定が存在しないことを理由として、合衆国憲法第4修正におけるプライバシー保護の要請は、適正手続条項である第14修正を通じて州レベルにおいてもこれが実現されなければならないとしたが、これを担保する手段としての排除法則の適用については、プライバシー侵害に対する救済手段を州に委ねるという理由からこれを否定した。しかしながら、その後も州レベルにおけるプライバシー侵害に対する救済手段として排除法則に代わる有効な手段が開発されず、Mapp判決においては、排除法則の目的について違法捜査の抑止を第一義的目的であるとしながらも、基本権に由来するプライバシー保護が州レベルにおいて実践され、適正手続が担保されるためには排除法則の適用が必要である旨判示された。現在の合衆国判例における理解は、同法則の目的について、違法捜査抑止を主たるものとしてあげ、排除法則は、第4修正の権利を保障す

---

(66) 最一小判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

(67) 柳川重規「判例が採用する違法収集証拠排除法則についての検討」法学新報第113巻11-12号700頁(2007年)。

るために司法的に創りだされた政策的手段であるとされるのが一般的である。しかしながら既述のように、合衆国において、排除法則を第 4 修正の一部であるとし、侵害を被った個人の憲法規範に由来する権利であるとする学説も少なくない。適正手続の保障は、わが国の憲法 31 条においても定められるものであり、例えば憲法 35 条に大きく違反して得られた証拠を用いて被告人を訴追することは、適正手続の理念に反するものとして理解されるものであるように思われる。わが国の判例における文言を見れば、排除法則の主目的を違法捜査抑止としており、排除法則を訴訟法上の原則とした上でその適用指針として憲法を援用したと解するのが一般的な解釈であるとされる<sup>(68)</sup>。しかしながら、法執行活動を憲法の制限下におくとの構想を持つ現行憲法が、プライバシー保護および、挙動の自由の保障という憲法の構造を形作る基本権について侵害が生じても、何ら特別の対応を要求しないとするのは困難であり、このような考えが、たとえ憲法制定者の意思に反するものであったとしても、憲法が保持する基本的価値や原理によりかなった原則や法理を導きださなければならない<sup>(69)</sup>。排除法則の採用を宣言した最高裁昭和 53 年判決においても「事案の真相の究明」と「個人の基本的人権の保障」という、二つの要請を調和させ、適正手続の保障が行われなければならないとされているのであるから、第一義的に適正手続の保障に根拠を求め、これを担保するための手段として排除法則を導出したとすることも決して無理な解釈ではないように思われる<sup>(70)</sup>。

わが国における証拠排除の判断方法について、絶対的排除説、相対的排除説の二つに大別されてきたものとされている<sup>(71)</sup>。絶対的排除説は、「端的に手続の違法の有無を排除の基準とする」とするものであり、手続違法の内容

(68) 加藤・前傾註 (65) ・ 39 頁。

(69) 柳川・前傾註 (67) ・ 719 頁参照。

(70) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』402 頁 (有斐閣、1996 年)。

(71) 池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義 (第 4 版)』482 頁 (東京大学出版会、2012 年)

として、軽微な違法であっても違法の存在が認められれば証拠排除が行われるというものと、違法の重大性を基準とする見解があるが<sup>(72)</sup>、現在前者の立場をとる論者は見られない。相対的排除説は、適正手続の違反が認められる場合には、絶対的に証拠排除が行なわれるものであるとするが、その他の場合には、違法捜査抑止及び司法の十全性の見地から、比較衡量的判断を行い証拠排除の可否が決められるとするものである。以上について具体的には、手続違反の程度・状況・有意性・頻発性、手続違反と証拠獲得との因果性の程度、証拠の重要性、事件の重大性等が考慮され<sup>(73)</sup>、排除法則適用の有無が判断されるものとされる。絶対的排除説においても、手続違法の認定に際して、違法の重大性を要件とするものであり、その内容は実質的に適正手続の違反を指すものであるように思われ、相対的排除説においても適正手続の違反が認められれば証拠排除が行なわれるのであるから、両者の内容について差異が認められるのは適正手続の違反以外の違法が認められる場合ということになる。この点について、違法の存在が認められた場合において、利害損失判断に基づく比較衡量を是認するか否かという点で、両説には大きな差異が認められることになる。

既述のように最高裁昭和 53 年判決は、「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、証拠排除が行なわれるものであるとしており、違法の重大性と、排除相当性を排除

---

(72) 例えば、渥美教授によれば、「搜索」、「押収」に当たらない干渉、「憲法上保護された領域」における「他の干渉を受けないとの客観的期待」の侵害に至らず、「権利侵害」が認められない場合等において、規範説の帰結として排除法則が適用されることはないとしている。渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第2版〕』194頁参照（成文堂、2009年）。これは、法執行官の活動の実質的内容及び、そこから生じた違法の性質及び程度等に鑑みて、当該違法に排除法則の適用が求められる程度の重大性が認められるものであったか否かを証拠排除基準とするものであるように思われる。

(73) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』404頁（1985年、弘文堂）。



法則適用の基準としている。最高裁は、「重大な違法」判断について、主に①法規からの逸脱の程度、②令状主義の諸規定を潜脱する警察官の意図の有無、③強制力行使の有無等が判断要因となるとしているが<sup>(74)</sup>、これらはいずれも警察等捜査機関の活動内容が適正なものであったか否かを中心に、違法の重大性判断が行なわれていることの証左であるように思われる。以上の判断に際して、捜査機関の活動について実質的にこれが評価されなければならないものである。例えば外形上法規からの逸脱の程度がそれほど小さくなく、強度の強制力の行使が行なわれていないように見える場合であっても、実質的に見れば、捜索対象者に対して看過し得ないプライバシー侵害を与えている場合も想定できる。合衆国において、直接的な強制力の行使を伴わない捜査活動が憲法規範に由来するプライバシー侵害を惹起する可能性があることが指摘され、特に先進的テクノロジーを用いた捜査手法のあり方について問題とされた。Kyllo 判決において、直接的な強制力の行使を伴わず、特殊な先進的技術による検査機器を用いて住居内の様子を探知することが、憲法規範が規制の対象とするものであるかが問われたものであるが、連邦最高裁はこれが第 4 修正における捜索にあたるとした。強制力の行使の有無という基準は、一定の場合において有効であるように思われるが、これが認められない場合においても、個人の基本権に由来する権利が侵害される可能性が想定されるのである。わが国においても、先進的テクノロジーを用いた捜査活動について、これによる何らかの違法が認められる場合においても、最高裁が示した従来の基準からすれば、「違法の重大性」が否定され証拠排除が行なわれないう事態が想定できる。例えば、DNA 型鑑定について、昨今捜査活動における有用性が注目されているが、同鑑定は、刑訴法 165 条を根拠とする鑑定処分許可状に基づいて行なわれているから、一見法規の逸脱は

---

(74) 最判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1972 頁。以上の分類について、柳川・前掲註 (67)・708 頁参照。

ないように見え、鑑定資料となる採血の手法等、用いられる強制処分の強度についても、その適法性が争われることは少なく、そこに何らかの違法が存在しても、「違法の重大性」についてこれが否定され、証拠排除が行なわれないという結論が想定される。しかしながら、当該検査から得られる証拠物の重要性は疑いのないものであり<sup>(75)</sup>、かつ DNA という人のセンシティブ情報を多く含むものが検査対象となるのであるから、DNA 型鑑定実施について、捜査機関に何らかの違法が認められた場合には、当該証拠物の許容性について慎重な判断が求められるように思われる<sup>(76)</sup>。裁判所に対しては、科学捜査に関わるもの等、捜査技術の発展を考慮に入れた判断が求められるのであり、証拠排除基準となる「違法の重大性」に関わる判断について、時代の変化に応じた柔軟な対応が求められるように思われる。

また、「違法の重大性」を問題にするということは、違法捜査の抑止よりは、むしろ、手続の公正さの維持ないしは司法の無瑕性という根拠になじむものであるとする指摘がされる<sup>(77)</sup>。排除法則の適用基準としての違法の重大性判断について、手続の公正性という観点を持ち込むのであれば、捜査機関等の活動からの観点に加えて、被疑者等の主体的地位の保障が担保されたか、すなわち被疑者等に刑事訴訟において最低限認められなければならない権利保障がされたかについて判断されなければならない。刑事手続における人間

---

(75) 以上の点について、最高裁は、他の事情に加えて、「証拠の重要性」が高いことを理由として、当該証拠の排除を否定する判断をしている（最三小決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁）。刑事捜査・訴追を通じた犯罪の制圧という観点を重視すれば、当該手続における高い「証拠の重要性」が認められれば、これを排除しない方向へと判断が傾くことになるが、一方で被疑者・被告人の側から見た適正手続の保障という点を重視すれば、高い「証拠の重要性」が認められる場合において、証拠の許容性判断について裁判所には慎重な判断が求められるように思われる。

(76) 拙稿「刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定に関する一考察」広島法学 36 卷 2 号 144 頁以下参照（2012 年）。

(77) 井上・前掲註（73）・554 頁、川出・前掲註（3）・530 頁。

の尊厳保障に基づいた主体的地位の尊重というものは、常に実践されなければならないものであり<sup>(78)</sup>、これを実現するための最低限の要素として、被疑者・被告人には公正な裁判を求める権利が認められなければならない。国際自由権規約 14 条およびヨーロッパ人権条約 6 条の規定によれば、公正な裁判を求める権利は、公平な裁判所における公正な聴聞の保障、無罪推定原則の実質的な保障、被疑者・被告人に対して最低限認められなければならない権利保障を求めるものである<sup>(79)</sup>。ドイツにおいて、アングロサクソン諸国における適正手続とヨーロッパ域内における公正な裁判原則 (the principle of fair trial) の実質的内容について、両者のそれは類似する部分が多いものであると理解されるものであること<sup>(80)</sup>、わが国も国際自由権規約を批准しており、同規約の 14 条においても公正な裁判を求める権利について規定されるものであることから、わが国における適正手続概念の実質的内容を理解する際に、

---

(78) 人間の尊厳という概念が、わが国においても適用可能であるかが問われる。人間の尊厳を憲法 13 条における幸福追求権の一部であるとし、公共の福祉を媒介として人間の尊厳概念がわが国に適用可能であるとする見解がある。これによれば、日本国憲法においては人間の尊厳に反する行為を禁ずるという要請が、公共の福祉の一内容として、人権に対する制限規範として妥当するとされる。押久保倫生「日本国憲法における実定規範としての「人間の尊厳」の位置づけ」— 一条文上の根拠と「公共の福祉」としての機能— 東海法学第 35 号 130 頁以下参照 (2006 年)。

(79) ヨーロッパ人権条約 6 条並びに国際自由権規約 14 条は、公正な裁判原則について定めるものである。公正な裁判原則は、裁判の公正性を担保するために求められる最低限の基準について言及するものであり、被疑者・被告人に対して様々な権利保障を認めるものである。その具体的内容は多岐にわたり、これは各国の具体状況に応じて変化するものであるが、少なくとも人権条約 6 条及び国際自由権規約 14 条に規定される基準は遵守されなければならない。公正な裁判原則の詳細については、拙稿「刑事訴訟における弁護人依頼権、接見交通権、通訳・翻訳人依頼権の保障と公正な裁判を求める権利との関係について— ヨーロッパ人権条約 6 条における公正な裁判原則に関する議論を参考に—」広島法学 35 卷 4 号 92 頁以下参照 (2012 年)。

(80) *Schroeder, Der Fair-Trial-Grundsatz im Strafverfahren, Europäisierung des Rechts* 2009/2010, S.187.

公正な裁判を求める権利に関する議論は有用なものであるように思われる。既述のように、「違法の重大性」について、わが国の最高裁はその具体的内容を明言していないのではあるが、昭和 53 年判決から平成 7 年決定<sup>(81)</sup>までの極めて消極的な認定、とりわけ違憲の立ち入りについて否定した昭和 61 年判決<sup>(82)</sup>、「違法の重大性」が初めて認定された平成 15 年判決<sup>(83)</sup>における違法の性質に鑑み、最高裁が想定する「重大な違法」の程度について、適正手続に違反する程度の違法を想定しているのではないかとする意見がある<sup>(84)</sup>。「違法の重大性」について、最高裁が適正手続に違反する程度の違法を想定していると考えた場合に、なお適正手続の内容についてこれをどのように理解するかが問われるが、ここで重要となるのは先に検討した捜査活動の適正性に関する判断に加えて、被疑者・被告人に対して認められなければならない公正な裁判を求める権利保障が行われたかということである。被疑者・被告人の人間の尊厳保障に基づいた主体的地位の尊重のために、刑事手続における公正な裁判を求める権利が保障されなければならない、これが侵害された場合においては、被疑者・被告人の側から見た適正手続の違反が認められるものであるといえ、当該違反の原因とされる捜査活動を通じて得られた証拠を被疑者・被告人の訴追に用いることは許されず、当該証拠は手続から排除されなければならないということになる。しかしながら、人間の尊厳保障に基づく国家による客観法的保護は、被疑者・被告人に対してのみ行われるものではなく、他者との関係において、これがどのように実践されるかが問われるものである<sup>(85)</sup>。警察等の法執行機関には、まさに行われようとしている

---

(81) 最三小決平成 7 年 5 月 30 日刑集第 48 卷 6 号 420 頁。

(82) 最二小判昭和 61 年 4 月 25 日刑集第 40 卷 3 号 215 頁。

(83) 最二小決平成 15 年 5 月 26 日刑集 57 卷 5 卷 620 頁。本件事案において、最高裁は、初めて捜査官の行動に「違法の重大性」があることを認め、排除法則の適用を肯定したものである。

(84) 柳川・前傾註 (67) ・ 711 頁。

違法行為を未然に防ぎ、秩序回復を行う役割が期待される。それ故、合衆国における Stuart 判決は、第三者の法益保護、とりわけ生命、身体等の保護を目的として行われた捜査機関の行動について、通常であれば違法行為とされるものであったとしても、緊急状態の存在を理由としてこれが正当化される場合がある旨判示するものである。Stuart 判決においては、法執行官の主観的意思はさほど重要なものではないとされ、客観的状況から法執行の必要性を根拠付ける緊急性の存在が認められれば、たとえ法執行官が意識的に法による権限を超えた法執行活動を行った場合においてもこれが正当化されるとされたが、以上の結論については大きな疑問が残る。我が国においては、最高裁が示した「違法の重大性」判断の基準の中で、「令状主義の諸規定を潜脱する警察官の意図の有無」という捜査官の主観的意思にかかわるものがある。しかしながら当該基準に対しては、捜査官は職務熱心のあまり違法行為を行うのであり、それを「令状主義潜脱の意図」がないから違法ではないとすると、排除法則は骨抜きになる<sup>(86)</sup>、という批判が向けられている。以上の批判からは、証拠排除基準において捜査官の主観面が重視されるべきではないとされるが、客観的事情から令状要件の例外が認められれば、捜査官の主観的意思がどんなものであろうと、これが問題とされないということがあつ

---

(85) 玉蟲教授は、ある者の人間の尊厳を国家が尊重しようとするれば、それは単なる国家の不作為によっては実現できず、他者による介入を制限し、これによって積極的な保護を行わなければならないとする。被疑者・被告人の主体的地位の保障という観点からは、捜査機関の活動を通じて適正手続の違反が行なわれた場合、国家がこれに対して何らかの介入を行わなければならないということになり、その手段として排除法則の適用が考えられる。しかしながら、犯罪を通じて人間の尊厳を侵害された被害者に対する客観法的保護の必要性の考慮及び、人間の尊厳を公共の福祉の一内容として捉え、それによって人間の尊厳に反する行為が制限されるのだとすれば、犯罪行為は人間の尊厳を侵害する大きな要因となるのであるから、その制圧もまた国家に対して課せられる義務の一つとなろう。人間の尊厳の客観法的保護について、玉蟲由樹「人間の尊厳の客観法的保護について」福岡大学法学論叢 155 頁以下参照 (2012 年)。

(86) 白取祐司『刑事訴訟法〔第 6 版〕』364 頁 (日本評論社、2010 年)。

てはならない<sup>(87)</sup>。また、本来であればその違法性が肯定されるべき第三者の法益保護を目的とした捜査活動について、仮にその違法性が例外的に否定されると判断された場合においても、被疑者・被告人の側から見た適正手続の違反が認められるのであれば、そのような場合であっても当該捜査活動から得られた証拠物を用いた訴追が行われることが認められるべきではなく、当該証拠は手続から排除されるべきだろう。

以上、わが国の最高裁が示す証拠排除基準のうち、主に「違法の重大性」要件について若干の検討を行ったものであるが、最高裁はこの他にも「排除相当性」を証拠排除基準としてあげる。両基準の関係について、重疊的にこれが適用されるとの見解が有力であるが<sup>(88)</sup>、最高裁が「違法の重大性」を適正手続違反となる程度の違法であると想定しているとすれば、「違法の重大性」が認定されれば、ほとんどの場合「排除相当性」基準についてもこれが満たされることになろう<sup>(89)</sup>。しかしながら、裁判所は、捜査機関の違法活動を容認したことで国民に不信を抱かれないように努めなければならない一方で、他方では、犯罪を行ったことが確実視される者を釈放することで国民の信頼が失われることのないようにも努めなければならない。このような観点からは、当然に刑事捜査・訴追およびそれ通じて行なわれる犯罪制圧、秩序

---

(87) この点につき、捜査官の主観面が証拠排除基準にとって意義のあるものであるとし、捜査官の有責性の有無が重要となるという主張がされる。しかしながら、捜査官の有責性の有無という基準は、「違法の重大性」に関わるものというよりは、「排除相当性」の判断要素であるとされ、「違法の重大性」が認定された場合でも、排除法則適用を制限する要素となる可能性があるとする。以上について、石川・前掲註(57)・285 - 286頁参照。

(88) 重疊説を採用するものとして、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除」ジュリスト680号110頁(1978年)、川出・前掲註(3)・530頁等参照。学説から批判はあるが、判例実務は、重疊説でほぼ確定している。以上について、大澤裕、杉田宗久「対話で学ぶ刑事訴訟法判例」法学教室328号71頁【杉田発言】(2008年)。

(89) 柳川・前掲註(67)・711頁。

維持等の社会的要請と、被疑者・被告人の基本権保障のバランスを考え、比較衡量的判断を行ったうえで、排除法則の適用を行うことが求められなければならないということになる。被疑者・被告人の基本権侵害が認められる場合においても、その程度が適正手続違反にまで至っていないとして、「違法の重大性」が否定され、排除法則の適用が見送られるというように考えることも不可能とまではいえないかもしれない。しかしながら、一方で刑事捜査・訴追等、社会的要請という観点に傾斜して、その利害損失を考慮した比較衡量的判断思考が重視されすぎると、被疑者・被告人の法的地位が不当に侵害される虞がある。刑事捜査・訴追を通じた犯罪制圧及び秩序維持等、社会的要請が軽視されることがあってはならないが、少なくとも捜査機関の行動を通じて被疑者・被告人に対して認められなければならない公正な裁判を求める権利が侵害され、適正手続違反が認められる場合には、当該捜査活動を通じて得られた証拠物は手続において許容されるべきではなく、これを用いた訴追が行なわれてはならない。

#### 4. おわりに

わが国の刑事訴訟法 1 条は、「公共の福祉の維持と個人の基本的な人権保障とを全うしつつ、事案の真相を明らか」にしなければならないと定めるものであり、排除法則の適用についても、わが国の最高裁において、刑事捜査・訴追と基本権保障の調整が行われなければならないものとされる。刑事捜査・訴追の必要性を無視してまで、何らかの違法があった場合に、自動的に全ての証拠が排除されるとする考えには無理がある。憲法規範が遵守され、これが不当に侵害されないという社会契約の存在を考慮した場合においても、同時に社会共同体およびこれを構成する個人が犯罪の抑止、制圧をも要求するものであることを否定できないものであるから、両者の関係をいかにして調整するかが問われることになる。以上の問について考えるに際して、利害損得について判断され、何らかの比較衡量が行われることは必然のもの

であり、個人の憲法規範に由来する基本権尊重、犯罪の抑止およびその制圧、いずれにその力点を置くのかという議論が行われなければならない。

わが国の最高裁は、排除法則の適用について、「違法の重大性」及び「排除相当性」基準を示し、これが満たされる場合において証拠排除が行なわれるものであるとした。両基準について、刑事法実務においてはこれが重畳的に理解されるものであるが、最高裁のいう「違法の重大性」が適正手続の違反となる程度の違法を想定しているものだとすれば、証拠収集手続における「違法の重大性」が認められる場合には、「排除相当性」についてもこれが認められることになる。

以上の理解に従えば、排除法則の適用に関する基準として「違法の重大性」にかかわるものが重要となるが、従来、同基準について、主に捜査機関の行動に関する適正性の観点からのみこれが判断されてきたように思われる。「違法の重大性」基準に関して、裁判の公正性という観点からこれが判断されることが必要となるものであり、裁判の公正性が担保されているというためには、捜査機関等の行動が適正であることはもちろん、被疑者・被告人にとって公正な裁判が行われたかということが考慮されなければならない。わが国においても、被疑者・被告人の観点から見た適正手続概念の理解にとって、国際自由権規約 14 条及びヨーロッパ人権条約 6 条の規定に関する議論が有益なものであり、ここで示される公正な裁判原則は、排除法則の適用基準となる「違法の重大性」判断にとっても有効なメルクマールとなりうるものである。現代刑事手続において、最低限被嫌疑者に対して保障されなければならない権利が存在しているのであり、これが違法な捜査活動によって侵害されたと判断される場合において、このような違法捜査を通じて収集された証拠は、刑事手続から排除されなければならない。

【付記】脱稿後、ドイツ留学中ご指導を賜った、ヨアヒム・フォーゲル教授（シュンヘン大学・法学部）の訃報に接した。その学恩に報いるためには、甚だ未熟なものではあるが、謹んで拙稿を亡き恩師に捧げたい。