

## 別件逮捕の許容性の限界(四)

——違法取得証拠の許容性の限界——

飯 田 忠 雄

- 一 問題の所在
  - 二 別件逮捕・勾留の概念
  - 三 令状主義の限界と発付の瑕疵の令状に及ぼす影響(以上三卷二、三号)
  - 四 余罪取調の許容性の限界(三卷四号)
  - 五 別件逮捕の違法性の根拠と限界(四卷一号)
  - 六 別件逮捕、勾留の下に取得された供述とそれに基づいて取得された証拠の許容性
- 一 総 説
- 二 違法手続により取得された供述の証拠としての許容性の限界
    - (一) わが国における判例・学説
    - (二) アメリカにおける排除法則(以上四卷一号)
    - (三) アメリカにおける排除法則(続)(以下本号)
- 別件逮捕の許容性の限界(四)(飯田)

三 違法取得供述に基いて取得された証拠物もしくは証人証言の証拠としての許容性に関する学説・判例

(一) 英米における判例・学説

(二) わが国における判例・学説

四 私 見

七 別件逮捕・勾留の事前抑制と事後抑制

八 結 論

別件逮捕の法律上の問題は、別件逮捕自体の違法性の限界の問題の外に、別件逮捕の結果得られた供述の許容性の問題、その供述から得られた証拠の許容性の限界の問題などがある。このような問題について、最近のアメリカ連邦最高裁判所は、憲法を厳重に守り、人権を擁護する立場から、新しい多くの判例を出し、証拠法上の法則をうち立ててきた。よって、別件逮捕の問題を一そう深く考えるために、繁をいとわず、さらにアメリカの排除法則について記述し、学生諸君の参考に供したいと思う。<sup>(1)</sup>

(1) 前号三〇頁以下において紹介した文けんの外に、アメリカにおける自白法則の発展を中心に「被疑者の取調と自白法則」について論じたものに、次のものがあるので追記する。鈴木茂嗣「被疑者の取調と自白法則」(刑法雑誌一五卷三・四号)三一頁(通頁三三七頁)以下、および鈴木茂嗣「自白排除法則序説」(佐伯博士還暦記念論文集下巻)三〇四頁以下。

(三) アメリカにおける排除法則(続)

前号において、違法手続によって取得された供述の排除法則について紹介したが、一九六四年のエスコベド事件<sup>(1)</sup>

(Escobedo v. Illinois) および一九六六年のミランダ事件<sup>(2)</sup> (Miranda v. Arizona) 以来、自由の許容を支配する新しい法則と指針ラインが、アメリカ連邦最高裁判所によって明白にされたので、この点について補充しておかねばならない。

自由を証拠として用いることが排除される場合として、エスコベド、ミランダ以来の連邦最高裁判所の判決にあられた法則および指針ラインには次のものがある。

その第一は、四項目の注意喚起事項の告知である。これは、警察が尋問するときの絶対的必要条件とされる。<sup>(3)</sup>

その第二は、拘禁の性質を有する取調すなわち *custodial interrogation* の禁止である。すなわち、「いづれかの問題となる手段により被疑者の行動の自由を奪った方法で」の取調を違法とし、こうした取調により取得された有罪を認める供述を排除するものである。<sup>(4)</sup>

その第三は、ストップ・アンド・フリスク・ローズ ("stop-and-frisk" laws) すなわち「停止させての身体搜索」の法則に関するものである。すなわち、人の行動の自由が問題とすべき方法によって制限される場合には、前掲の四項目の注意喚起事項の告知をしなければならず、注意喚起事項の告知をしなければ、如何なる被疑者に対する尋問も許容されないとする。

その第四は、尋問がなされなくても注意喚起事項の告知を必要とするミランダ事件の判例の指針ラインである。<sup>(6)</sup> 実質的に強制的性質をもつ方法をとる場合、たとえ尋問をしない場合でも、前述の四項目の注意喚起すなわちミランダ警告を告知するを要するものである。

その第五は、権利放棄に関する法則である。<sup>(7)</sup>「この法則は、被疑者が拘禁中またはその行動の自由が問題とされるべき手段によって拘束された場合に適用され効力を有するものであること、権利放棄は、(イ) 明白になされた前述の注意喚起事項の告知が伴っているを要すること、(ロ) 尋問（供述するようにする狡猾な勧誘を含む）に先行しているを要すること、(ハ) 合理的で理解力あるものによりなされているを要すること、および(ニ) 何時でも取消しまたは更新しうるものであること」というのが、その内容である。したがって、放棄の客体となる権利は、(1) 自己負罪は強制されないという特権、および(2) 被疑者の取調には弁護士の立会と助言を得る権利、という憲法上の権利を中心とするものであることはいうまでもない。ロジャース事件 (Rogers v. U. S., 340 U. S. 67 [1951]) の連邦最高裁判所の判決は、右の憲法上の権利の意識的放棄ができないことは疑問のないところであり、自己負罪に対する特権の放棄意図の推断はすべきでない旨を説示している。なお、権利放棄は、いかなる場合にも単なる沈黙から推定してはならないとされている。

その第六は、犯罪の性質についての告知 (warning as to nature of crime) を要件に掲げるものである。すなわち、被疑者は、前掲の四項目の標準的告知事項以外に、取り調べられる犯罪の性質について告知されるを要するとする法則である。

その第七は、弁護士の指定についての法則である。これは、弁護士を私選する資力のない被疑者に与えられた弁護士指定権をいうものである。この権利は、修正憲法第六条に基づく権利であるが、この権利に関連して、被疑者の弁護士との面会権、取調に際しての弁護士の立会権が認められている。これらの弁護士指定権の放棄を認めるこ

とのできる場合はほとんどないと解するのがアメリカ連邦最高裁判所の判例であることは注目すべきであろう。<sup>(8)</sup>

その第八は、毒樹の果実の法則である。この法則は、非合法的逮捕、非合法的拘禁もしくは違法な搜索および押収の結果として取得された供述もしくは物的証拠は、許容性がないとするものである。<sup>(9)</sup>

以上のアメリカ連邦最高裁判所の判例にあらわれた法則および指針ラインは、違法手続かどうかの判断基準を、被疑者に保障された憲法上の権利の実質的侵犯の有無に置き、違法手続により、または違法手続の結果として取得された証拠は、憲法侵害の産物なるが故に許容されないとの主張を貫いている。そこには、憲法の実質的違反の不許容を絶対的地位に置くことにより、警察官による実質的人権侵害の排除の確立を目指すアメリカ連邦最高裁判所の徹底した態度がみられる。

(一) Henry B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confession, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, (1967), pp. 3-4 は次のように記述する。

「その事件 (Escobedo v. Illinois, [1964], 378 U. S. 478, 84 Sup. Ct., 1758) に於いて、逮捕後、告発 (indictment) 前、警察の拘禁中ではあるが、被告は、有罪となる供述をした。その供述は、被告が法律上の助言を求めると申立て、かつ彼の弁護士が警察署に到着して彼に面会する許可を要求したという事実があるにもかかわらず、警察によって引き出された。接近は拒否されて、エスコベドは、彼の弁護士が彼に面会することを希望しないと告げられた。警察はまた彼の黙秘権について彼に告知しなかった。

連邦最高裁判所は、その有罪の供述は、それが訴訟手続の危急の段階における弁護士の助力への憲法上の権利を侵害して取得されたものである故に、許容されないと、判決した。

最高裁判所の判決を解説するにあたって、著作者は、事実情況がエスコベド事件におけるそれに類似した事件にその適用を制限する危険と不公正について警告した。その著作者は、—これは派生的な問題として論じてきたところであるが—より多くの明白な解釈が—そう健全な法を表現するであろうことを暗示した。彼は、次のように書いた。『エスコベド事件を、担当弁護士が警察署におり、かつその訴訟依頼人と相談することを妨害されている事件に限定することは、被告またはその家族が逮捕以前もしくは逮捕直後に弁護士を依頼する資金と先見の明を有するその被告に、弁護士を依頼する憲法上の権利を制限することになるであろう。これは、富裕な人々と同様の権利と特権を貧乏人に与えるべき現在の努力に反する方向に走るであろう。』

そして、刑事被告人がその憲法上の権利について助言されるを要するといういづれの規則も、恐らくは以前に法に触れたことよってこれらの権利に気付いており、かつそれ故に彼の弁護士を呼ぶように許可を要求する嫌疑者は、彼の権利を知らずしてそれであればこそ弁護士の助言を—そう多く必要とさえした嫌疑者よりも、—そう大きな憲法上の保護を与えられるであろうということを、意味せずにはおかない。』

これらの解説の見地に立つ場合に、読者は、連邦最高裁判所がミランダ事件 (Miranda v. Arizona) ヴィグネラ事件 (Vignera v. New York) ウェスターバー事件 (Westover v. U. S.) およびステewart 事件 (California v. Stewart, 384 U. S. 436, 16 L. Ed. 2d 694) におけるその画期的判決を後世に伝えたことにより、著者の個人的かつ職業的満足を十分に理解することができよう。

最高裁判所は、その判例において、エスコベド事件に存在する事実情況をもつ事件にのみエスコベド事件を限定する傾向をみせた。その代りに、拘留しての尋問を支配する現在確立しつつある指針線—それは『刑事被告人』に、尋問に先立って、その他のこととともに、被告人が彼のために指定された弁護士の出席を求める権利を有することを告知すべきことを内容とする—を公表した。……」

(2) Henry B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo*

and *Miranda*, (1967), pp. 7-8 は、連邦最高裁判所により一九六六年度において確立された自白に適用される憲法の諸規則および指針線を生んだ諸事件について記述する。

「合衆国の最高裁判所は、一九六六年において、『ミランダ事件 (*Miranda v. Arizona*)、ヴィグネラ事件 (*Vignera v. New York*)、ウェストローバー事件 (*Westover v. U. S.*) およびステewart 事件 (*California v. Stewart*) 384 U. S. 436, 16 L. Ed. 2nd 694 において、苦心して、認容と自白の許容を支配する新しい法則と指針線を明白にした。最高裁判所は、自己負罪に対する修正第四条の特権の使用によって、警察の尋問を制限した。そしてエスコベド事件 (*Escobedo v. Illinois*, 378 U. S. 478, 490 [1964]) の「弁護人に対する権利」の論法を限定した。

『ミランダ事件 (*Miranda v. Arizona*) において、アーネスト・ミランダ (*Ernesto Miranda*) は、逮捕され、彼の家から移されて警察署に連行された。そこで彼は告訴における証拠によって犯罪の犯人と同一視された。それから警察は、「取調室」において彼の尋問に取りかかった。二時間の後、警察官は、ミランダが署名した自白書をもって帰った。この自白の初頭において、書面は述べている……「自白は、自発的に、脅迫もしくは放免の約束なしに、かつ私の法律上の権利を十分に知って、私がなした。いづれの供述も私に対して用いられ得るであろうことを理解して、行なわれた。」

前掲のヴィグネラ事件においては、ミカエル・ヴィグネラ (*Michael Vignera*) は三日前の強盗に関係して拘禁されて、取調班の部屋に移されて、そこで尋問に答えて、ヴィグネラは口頭で強盗を認めた。しかるに、第二の場所において、彼は二人の目撃証人によって、犯罪の犯行者であると証言された。彼はそれから正式に逮捕されて、尋問とそれに対するヴィグネラの答を記録する速記者の出席の下に彼が地方検事補佐 (*Assistant District Attorney*) によって取調べられた第三の警察署の庁舎に移された。

前掲のウェストローバー事件 (*Westover v. U. S.*) においては、カール・ウェストローバー (*Carl Westover*) は、地方警察によって二件のある地方の強盗の嫌疑者として逮捕された。彼は、警察署に連行され、手順表に組込まれて、最初の逮捕の後二つの警察署に移されて、彼は記帳された。警察は、彼の逮捕の夜にウェストローバーを尋問したが、しかし彼はいづれの

犯罪行動も否定した。翌朝、地方の公務員が尋問を継続した。

正午頃に、ウェストローパーがカリフォルニアにおける二件の銀行強盗に関して求められているというFBIの報告に応じて、地方警察は、嫌疑者を尋問できるFBIに報告した。三人の職員が『面接室』においてその尋問を開始したが、尋問されるに先立ってウェストローパーは『彼が供述をしなければならぬことはないこと、彼がしたいづれの供述も彼に対して用いられ得ること、かつ彼は弁護士に面会する権利を有すること』を告知された。

約二時間半後に、ウェストローパーは、銀行強盗の各々についての二つの別々の自由に署名した。その後、彼は連邦裁判所において審理されて、二つのカリフォルニア強盗について有罪と断ぜられた。

(3) 四つの警察事項は、刑事被告人に尋問に先立って告知するを要する次のことをいう。

- (一) 被告人は黙秘権 (the right to remain silent) を有すること。
- (二) 被告人が供述することは、裁判所において彼に向って用いられ得ること。
- (三) 被告人は弁護士の立会権 (the right to the presence of an attorney) を有すること。
- (四) 被告人が弁護士を依頼する資力がなければ、彼がそうすることを希望するならば、尋問に先立って被告人のために弁護士が指名されるであらうこと。(Henry B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, pp. 8-9)。

右の四項目の要告知事項は、ミランダ事件の判決で法則化された。

(4) H. B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, (1967), pp. 9-10 は、拘禁的取調 (custodial interrogation) についで、次のように述べる。

「特別に警告の必要を生ずる『拘禁されている』という言葉は、警察署に関連するものであるから、何時被疑者が拘禁されているかを判断することには、ほとんど困難がないであろう。その伴侶語句である『もしくはいづれかの問題となる手段により被疑者の行動の自由を奪ったその他の方法で』は、州および連邦裁判所による進んだ定義を待たねばならない。(一) 家



宅での取調 (home interrogation)。(一) 街頭での取調 (street interrogation)——逮捕後の。(二) 街頭での取調——逮捕前の (停止しての身体検査 (stop and frisk))。警察車内の取調 (police car interrogation)。以上の四つの場合が注目されるに至る。

被疑者の家宅内での取調の取扱いについては、アレン事件 (People v. Allen, 50 Misc. 2d 897, 272 N. Y. S. 2d 249 [1966]) の判例が明らかにしている。警察官は、義母強姦の容疑で被告人を逮捕するために、被告人の家宅に行った。被告人と彼の妻は、警察官が到着したときに在宅していた。警察官の一人は、被告人の妻の面前で、ミランダ事件の判例で法則化された四項目の警告を被告人に行なうことなく、被告人が告訴人を強姦したかどうかを被告人に尋問した。被告人は彼が強姦したことを否定したが、しかし彼は彼女と性交した事実を認め、彼女が同意したと主張した。アレンは、それから逮捕されて警察本部に連行された。

ニューヨークの最高裁判所のソベル裁判官 (Judge Sobel) は、単に型通りの尋問だけがなされたということとは事実に関連することを認定して、被告人は彼が重大な手段で彼の自由を奪われていた間に尋問をうけたものであるから、被告人の有罪を認める供述は、許容されないと、判決した。彼になされた質問は、彼を有罪にするかもしれない返答を引き出すように計画されたものであったし、またこれらの事実の下においては、ミランダ告知 (Miranda warning) が必要とされたのであった。

ソベル裁判官は、また『被告人はかような時 (尋問をされた時) に行動する自由がなかった』のだから、逮捕前に尋問されたことは、問題にもならないことを、認定した。ソベル裁判官は、ミランダを解釈して、『拘留という単なる事実』、その修正憲法第五条の意味において本質的に「強制的」(compulsive) なのであると、判決する。人が彼の行動の自由を奪われると、直ちに、相手は手続に着手する。自己負罪に対する特権は、犯罪の端緒もしくは事実を引き出すよう追求する尋問、一定の手順もしくはその他のことから彼を保護する。』

何らかの『重要な拘束』(“significant restraint”) があるか否かをどう決定するかという問題もまた起るので、かような

拘束中の取調は、『拘禁的』(“custodial”)であると言われ得るのである。実際に警察署の庁舎 (station house) 外での『拘禁的取調』(“custodial interrogation”)があるか否かを認定するためには、如何なる基準が用いられるべきであるか。適切な基準は、場所、質問内容 (nature of the questioning) および被疑者の精神状態への影響 (年令、知能、経験およびその他の当面のことに関連するデータを考慮に入れて) である。

(15) H. B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, (1967), pp. 11-12. “stop-and-frisk” laws は、この次のように述べられている。

「人の行動の自由が問題となる方法 (significant way) により制限される場合、ミランダ警告が適用されなければならない。かような警告を行わなければ、如何なる被疑者に対する尋問も許容されない。最高裁判所によるこの命令書 (mandate) は、「停止させるの身体捜索」(“stop-and-frisk”)の法則の合憲性に関する重大な疑問を生起する。たとえ、ニューヨーク刑事訴訟手続法典の180-aの条 (Section 180-a of the New York Code of Criminal Procedure) あるいはロモンロー (慣習法) を文章としたものであるが、は次のように規定する。

『警察官は、彼が合理的に判断して犯罪を犯しつつあり、犯し、またはまさに犯さんとしていると思われる人は何人でも、公共の場所における屋外で停止させることができ、かつその者の氏名、住所およびその者の行動の釈明を、その者に要求する必要がある。』

*People v. Rivera*, 14 N. Y. 2d 441, 201 N. E. 2d 32, 252 N. Y. S. 2d 267, (1964); *People v. Martin*, 46 Cal. 2d 106, 293 p. 2d 52, (1956) を参照。

類似の規定は、統一逮捕法 (Uniform Arrest Act) によって見出し得る。その法は、ニューハンプトン (New Hampshire) [N. H. Rev. Stat. Ann.; C. 594] [一九四一年の採用]、デラウェア [Del. Code Ann.; title 11, SS 1901~37] [一九三一年の採用] の両州で採用された。マサチューセッツ (Massachusetts) 州は類似の制定法 (Mass. Gen. Laws, C. 41 Sec. 98) を有している。

実例は、問題を最もよく明らかにするであろう。XとYは、午前一二時三十分に、彼らの近所(犯罪高率地域)に飲みに行くことを決める。酒場に入る前に、彼らは窓の中をのぞき込んで、彼らが特に気にかけることのない若干の人々を見る。彼らはブロックに沿って歩き始め、第二の考えを持ち、入口に引き返すが、しかし最後にどこか別のところに行くことを決める。二人の警察官が彼らの行動を監視し、彼らのところに歩いてきて、彼らをストップさせて『お前達はここで何をしているか』と尋ねる。XとYは、驚かされて彼らの行動の漠然とした釈明をする。警察官は、疑問を尋ねることを続ける。尋問されて後、彼らは両者共、負罪供述を行なう。

ミランダ指針線(Miranda guidelines)の下では、いかなる強制力をも加えることなく自由意思でなされる任意の供述のみが、裁判所において許容される。XとYがするいづれの返答も、彼らが行動するために自由でないという事実の観点においては、強制から自由でもなく人格において自発的でもない。XとYは、問題となる方法で彼らの行動の自由を奪われている。XとYは質問者から歩き去り得ないであろう、そして夜遅くまで誰かを停止するそのやり方そのものは、強制の要素をもつ。

かような手続の公然の目的は、XとYを『直ちに無罪にして』罪に落すが一そう正確であろう)かくして逮捕されるのを避けることのできるような地位に置くことである。質問とこの質問が行なわれた環境は、いうまでもなく絶対的な憲法上の権利にもかかわらず、こわがらせて有罪となる供述を引き出すよう計画されたものである。『停止させての身体搜索』の『停止』の段階において与えられるべきミランダ警告をしないでは、訴訟手続、いづれの陳述も、その性質が認罪もしくは弁解のいづれであらうとおかまひなく、許容されないであろう。』

(c) H. B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, pp. 12-13. 「necessity for warning despite absence of interrogation」(尋問がなされなくとも警告を必要とすること)について、次のように述べてゐる。

「もし警察官が個人を逮捕するならば、彼らは、直ちに彼にミランダ警告を告知しなければならない。そうすることの不履

行は、その結果として取得されたいづれの供述をも、許容し得ないものとするであらう。次の仮定の事件を考えてみよう。Bは彼のアパートメントにおいて二人の警察官によって逮捕された。彼を逮捕下に置いて後、一人の警察官は、他の警察官がBと待っている間に、アパートメントを捜索した。何一つ見つけずかつ何ごとも言わないで、二人の警察官はBを警察車に乗せて四十五分間ドライブし、最後に警察署に到着した。Bは、それから一人で二時間の間、取調室に残された。結局二人の警察官がその室に入って来た。彼らに会うや、Bは自白した。

Bに対してそれまで何の告知も尋問もなかった。このように、ミランダの狭いかつ限定的な読みかたの下では、如何なる警告も与えられるを要しない。しかしながら、事實は、依然として、すべてこれがなされた環境の性質は強制的であったし、かつ一つ一つの質問はなされなかつたけれども、強制されざるを得ないように仕組まれた企図があったということにあるのだ。警察がこの方法および類似の方法を採用することを認めることは、実質以上に形式を重んじ、ミランダ指針線(Miranda guidelines)を骨抜きにするものであらう。供述もしくは認容を引き出すよう計画されたいづれの事情も、ミランダの憲法的な命令書を侵犯するものである。

沈黙した警察車の中で、二人の警察官の間にはさまれて坐ることを、被疑者に要求することは、脅迫および強制として格付けしうるにすぎない。いうまでもなく、警告および権利放棄なき警察車内でのいづれの取調もミランダを侵犯する。警察車は、警察署の延長であり、かつ、このことは、ある人が逮捕されたのかあるいは単に取調のために連れ込まれているのかという場合に真実である。」

(7) H. B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, (1967), pp. 13-15 は、「権利放棄」(waiver) について次のように述べる。

「各立場において、批判的な質問は、有効な権利放棄があったか否かである。かような権利放棄を支配する原則は、次の諸項目である。

(1) それは、被疑者が拘禁中であるかまたは彼の行動の自由が問題となる方法によって拘束されるまでは、適用も効力も有

しない。

- (二) それは、上記のような明白で十分はっきりした四項目の警告が伴っていないなければならない。
  - (三) それは、尋問すること(かような尋問は、供述するよう最もこうかつな勧誘をさえ含む)に先行しなければならない。
  - (四) それは、理知的かつ理解力あるものであらねばならない。そして、
  - (五) それは、いづれの時においても、取消しまたは更新され得るであろう。
- 権利放棄は、如何なる場合にも単純な沈黙から推定されてはならない。権利放棄がなされたという確定的な言葉つかいでなされる警察官の証言は、権利放棄に反対の推定に打ち勝つには不十分であるであろう。

George, *Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases*, p. 142 (1966) 参照。

この著者は、警察の側に偽証の推定さえみられると示唆する。告訴側には理知的な権利放棄 (intelligent waiver) を立証すべき重荷——合理的な疑を克服する立証に相当する負担——がある。取調の間、弁護士が立合っているか、もしくは警告の告知がなされた後に弁護士の立合権の理知的な放棄があるのでなければ、取調の開始後になされた自白、認容もしくは弁解の供述は、許容し得ない。

かくして、(1) 自己負罪は強制されないこと、(2) 取調の間、弁護士の立会と助言を有すること、この二つの権利の放棄を発見することは、実質的には不可能であり、ほとんど立証できないと思われる。最高裁判所は、次のように述べた。

『権利放棄の原理は、特権により与えられた保護を削減するために一そう好ましいが、しかし同等に有効な仕掛であるように思われる……いまでもなく、憲法上の権利は意識的に放棄することができないであろうことは全く疑いのないことである……しかし、自己負罪に対する特権を放棄する意図は、恐らく推断されるべきでない」と、われわれは述べてきた。』

Rogers v. United States, 340 U. S. 67 (1951)

ミランダ判決は、個人は合理的にかつ理知的に、自分自身に罪を負わせるか否かおよび弁護士の立会権を棄てるか否かの選択をしなければならないと、指示する。被疑者が弁護士に依頼した後は、被疑者による権利放棄があるのでなければ、弁

護士の立会なくしては、如何なる尋問もあり得ないであろう。権利放棄の後に行なわれるいづれかの範囲の広い尋問は、かような権利放棄が知りつつかつ理解力あるものであったことについてのいづれの争いをも、反証を挙げて論駁するであろう。なお、長期間の連絡を絶たれた監禁は、権利放棄を無効とする強い証拠を構成するであろう。これは、マックナブ事件 (McNabb, v. Mallory 318 U. S. 322) において、個人を保護するために唱導された、敏速な罪状認否の要請の根拠であり得るであろう。」

(80) H. B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, (1967), pp. 15-18 は、「弁護人の指定」(appointment of counsel) について次のように述べている。

「もし被疑者が弁護士に依頼する資力を有しない場合には、弁護士が指定されるであろうということを、被疑者が助言されることは、必要欠くべからざることである。ウィテンスキー事件 (People v. Witek, 15 N.Y.S. 2d 392 [1966], 207 N.E. 2d 35, 259 N.Y.S. 2d 413 [1966]) において、二人の十代の少年は、治安判事 (Justice of the Peace) に呼び、被告達がそうするよう要求するならば、管轄内のいづれかの場所での彼らの弁護士の選任を自分が連絡してあげようと言われた。これは、暗に、被告達が弁護士の名前を示すならば、被告達は弁護人を依頼する権利を有するということを意味した。

有罪の判決を破棄して、ニューヨークの上訴裁判所は、標準的注意喚起事項を検討して、法律用語の単なる形式にとらわれた叙述以上のものを要求するに至った。FBIによってカール・ウェストバーに対してなされた注意喚起する告知は、彼らが彼に告知したのは、彼が弁護士に面会する権利を有することの告知にすぎず、弁護人を指定する権利について彼に助言することをしなかったのであるから、不十分であるであろう。

権利は、放棄されるために知らねばならない。権利放棄の後になされた唯一の許容される自由は、自由に自由すること、を願う被疑者によって与えられた権利を放棄するとの合意と同様に、放棄される権利について理解してなされたものであらねばならないと思われる。弁護人は、被告人自身の無知から被告人を保護する目的で引き受けられるのであるから (ドナー

ド事件 [People v. Donado, 62 Cal. 2d 338, 351, 452 Cal. Rptr. 169, 177-78, 398 p. 2d 361, 369-70 (1965)]を参照) 被告人自身の保護のために設定された手段を放棄することを被告人に許すことは、ある意味では、非論理的である。前述のように、『くつがえす要素』すなわち理由を明らかにしかつ自由な選択の存在が欠けているのであれば、権利放棄に対する決定的ではないにしても、強い推定が常にある。

上記の自己負罪に対する特権は、強制もしくは権利放棄の結果であり得る。しかし強制が欠けていることは、権利放棄の存在を暗に意味しない。任意あるいは強制についての審査の放棄に適用する場合、決定的な問題は、権利放棄が実に自由意思で選択されたか、それがいづれの種類の強制も加えられずなされたか、また『知りながらかつ理知的』であったか、である。

尋問に答えることは、被疑者は、ミランダによれば、自由する間のいづれの時でも休止を告げうるから、権利放棄を暗に意味しない。これは、暗に権利放棄を意味することはない。弁護士にあらうことを要求しないことは、権利放棄を意味しないし、弁護士が申し出られた後に弁護士を欠くことは、権利放棄を暗に意味するものでない。(Carley v. Cochran, 369 U. S. 478 [1964])

その上なお、肯定的な権利放棄があったとする場合には、裁判所は、一般的な事情の下において、特定の人が合法的かつ理知的にその権利を放棄し得たであろうかを考慮に入れなければならないであろう。

ある人がその供述の結果がどうなるかを理解し自覚していることを期待して、標準的注意喚起の告知をすることは、その権利放棄が知りかつ理解力のあるものであったという推断を許すものでない。注意喚起の告知は結果についての被疑者の自覚を作らないし、またかような知識なくしては、権利放棄は、理解力のあるものではあり得ない。最も自白しそうな者達——貧乏人と無知な者——は、最も弁護士を必要とするものである。

関心をもたせる情況は、被疑者が警察本部に連行され、尋問される以前に、彼の両親によって依頼された弁護士が警察庁舎に到達するときに、発生する。警察は、標準的注意喚起を告知するが、被疑者に弁護士の立会についての告知を故意に行

なわれない。刑事被告人は、彼の権利を放棄し、かつ取調の後、自白する。基本的には、これは、我々の仮定した事情の下において警察が被告人に彼の権利について告知したことを除けば、ド・バン事件 (People v. Donovan, 13 N.Y. 2d 148, 193 N.E. 2d 628, 243 N.Y.S. 2d 841 [1963]) の事実の型である。

ミランダにおいて、ウォーリン裁判長 (Chief Justice Warren) は、警察が弁護士をはばんでその訴訟依頼人と相談させない場所がどこであろうと、『いづれの他の憲法上の禁止とも関係なく、この行為は、弁護人の援助についての修正憲法第六条の権利の侵犯を構成するし、また被疑者の不眠中に得られたいづれの供述も排除される』ことを指摘する。

被疑者が彼の権利を放棄するかもしれない以前に、警察官は、理解力ありかつ承知した上での権利放棄を許すために十分な知識を被疑者に与えなければならぬ義務を有する。被疑者に彼の家族が弁護士を依頼したことを告知しないことは、『刑事訴訟の処理における基礎的な公平の命令および刑事責任を負わせられた人の基本的な権利を侵害する』ものである。

(People v. Donovan, 13 N.Y. 2d 153, 243)

ウォーリン裁判長は、また、取調を行わなければならない人による一つ一つの注意喚起の告知は、権利放棄があらわれしている十分な根拠ではないであろうことをも指摘する。最後の事実の型の下でと仮定すれば、被疑者の弁護士 (彼の両親により依頼された) は、被告人が彼の権利を放棄した後に至って到着したのではない。警察の職務は、被告人に弁護士が到達したことを告知する義務を負わせ、被告に質問することをひかえ、もしくはいつもならば始めたかもしれないいづれかの取調をやめるよう義務づけているか。この質問に対する答は、もし裁判所がミランダ判決にいづれかの真に重要な効果を生じさせなければならぬとするならば、『イエス (Yes)』であらねばならない。個々の告知は重要でない。被告は、彼の権利の放棄を好んでするあらゆる周囲の状況を知るべき権利を有する。もし警察官が弁護士の出席について被疑者に告知しないならば、権利放棄は、あらゆる当面のことと関係のある事実を知らされなかったのだから、理解力ありかつ了解されていることであつたとは言いがたい。

権利放棄するよう被疑者をトリックにかけたり甘言を以てだますことは、権利放棄を構成しない。特権とか権利は、勿論、



放棄できる。しかし、権利を放棄する人の能力は、ますます限定されるに至るから、同じ権利が、権利放棄の要求に対して裁判所によって、一そう熱心に保護されている。ミランダ判決は、拘束する権利放棄を有することはほとんど不可能とするが、その理由は、(1) もし被疑者が常にその考えを変えることができ、および話すことをやめ、もしくは弁護士を求めることができるならば、それは拘束ではない、(2) 申し立てられた権利放棄は理解されたものでも、あるいは告知されてもいなかったということを示す文字通り無限の方法がある、からであると説示する。」

(6) Henry B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*; (Supplement to "Handbook of Evidence for Criminal Trials") p. 19 は、「毒樹の果実の原理をこのように述べる。

「この「毒樹の果実」主義は、非合法的な逮捕、非合法的な拘禁もしくは違法な捜索および押収の結果として取得された供述もしくは有体の証拠に、適用できると判決されてくる (Wong Sun v. U.S. 371 U.S. 471 [1962]; Fahy v. Connecticut, 375 U.S. 85 [1963])。

自白が前述の(権利の)告知又は放棄がなされずして取得されている場合には、いづれの証拠、証明書またはその他のもの、強制された証拠の結果として引き出された自白をも含めて、これらの証拠は、法廷において許容されないであろう。ミランダ (Miranda) の定礎が自己負罪 (self-incrimination) に対する特権がこれ以来「マーンマーン事件 (Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52 [1963]) に基づいての独立証拠としての鑑識は、許容されると思われる。すなわち、警察は、議論されている証拠の独立した合法的出所、すなわち自白もしくは供述以外の別の出所を有することを立証することによって、「その証拠が汚れていない」ことを立証する負担を有するであろう。もし警察が彼ら自身の証拠を独立して集めることよりも、重要な点および事件解決の手がかりについて不法に取得された自白を利用することを許容されるならば、ミランダの指針線は、自己負罪に対する特権を保護することについて価値のないものとなるであろう。告知について要求は、無意味であるであろう。というのは、警察は、彼らが直接にすることを禁じられていることを間接にすることを許されるであろう

うからである。警察が結局証拠を発見できたであろうか、あるいは証拠のありかを見つけてことができるであろうかは、当  
面の問題とは関係がない。唯一の審査は、警察が最初の不法を利己的に利用したかあるいは「最初の汚点の嫌疑をほらされ  
るように十分に区別しうる」手段によって証拠を取得したかどうかにある。(Wong Sun v. U.S., 371 U.S. 471, 488)

### 三 違法取得供述に基いて取得された証拠物もしくは証人証言の証拠としての許容性に関する学説・判例

違法手段で取得した供述から、その存在を知り取得することができた証拠物や、証人の証言は、証拠として許容  
されるかという問題と、違法取得供述の許容性の問題とを、手段と結果の関係からとらえ、後者の許容性がない場  
合には必然的に前者の許容性もないといえるか。もしこうした必然的關係が成立するとすると、前者の許容性が  
後者の許容性と関連するのは如何なる場合に如何なる範囲内で成立するのか。また、もし前者の許容性と後者の許  
容性とは直接には関係がないとすれば、前者の許容性の限界は、如何なるものか。こうした問題を追求するため  
は、さらに、こうした問題に関するわが国の学説、判例、およびわが国の学説、判例に影響を及ぼしていると思わ  
れるアメリカやイギリスの判例、学説についての探究を必要とするであろう。

#### (一) 英米における学説・判例の動向

(1) イギリス イギリスにおいては、不法に収取された証拠を許容しないという一般法則は認められていない。<sup>(1)</sup>  
もっとも、イギリスにおいても、不法な搜索と押収による証拠の許容性に関する判例は、古くから存在するが、搜

索・押収の違法は証拠の許容性の障害とはならないとされてきた。<sup>(23)</sup> 学説も判例を是認している。証拠獲得の手段における不法は、証拠の許容性に影響を与えるものでないとするのである。

(1) D. W. Elliott, Phipson's Manual of the Law of Evidence, 10th ed. (1972) pp. 177-178, 「このようにイギリス法が、不法に収取された証拠は許容されないという一般的な法則を有しないということには、注目をされなければならない (Kuruma v. R. [1955] A. C. 197 参照)。リーサム被告事件 (R. v. Leatham [1861] 8 Cox 498, 501) に於いて、ロムペン裁判官 (Crompton J.) は、『証拠について』如何にしてそれを収取したかは問題でない、それを盗取したとしてもそれは許容されるであらう』 (It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible.) と述べた。この妥協的な言明は、王座裁判所裁判官リッター下卿 (Lord Goddard C. J.) に於いて、クルマ被告事件 (Kuruma v. R.) に於いて、繰り返された。クルマは不法に拘禁されて捜索をうけた。その結果、二束の弾薬が彼から発見され、彼は (ケネヤにおける) 弾薬の不法所持という重大犯罪の責任を問われ有罪とされた。彼は、証拠の妥当でない許容を理由に上訴したが、棄却された。イギリス法がこの厳格な法則について認める唯一の緩和は、裁判官の証拠禁止の決定であるが、それは、裁判官がいくつかの事件において証拠の許容が被告人にとって公正を欠くと認めた場合である。

何が不正であるかは、情況に基づくものである。ある判例において、王座裁判所裁判官パーカー卿は、『虚言を用いること、トリック、脅迫、賄賂を用いるような非行的な』証拠収取を、不正の実例として挙げている (Callis v. Gunn [1964] 1 Q.B. 495, 502) が、しかしその後、これらのことは『被告人の地位、取調の性質および嫌疑犯罪の重大性その他』を考慮に入れて不正であると判決してもよいとというのが唯一の訴訟手続であるとうかが述べられている。(R. v. Murphy [1965] N.I.R.L. 138, 149; King v. R. [1969] A.C. 304, 319)。

かくして、警察の外勤職員が、表面上は自動車常用者が無資格のままであるかどうかをみるためであるが、実際は彼が運転に適性を有するかどうかについて検査するために拘禁された自動車運転者を取調べた場合に、このことは、このような目

的のために訊問をうけることを合法的に拒否してきた被告人にとっては、不公正であると判決された (R. v. Payne [1963] 1 W.L.R. 637)。しかしながら、不法な捜索によって (Kuruma v. R.)、又は囚人の会話の盗聴によって (R. v. Magsud Ali [1966] 1 Q.B. 688; R. v. Stewart [1970] 1 W.L.R. 907)、又は被告人の不法な計画につづつての上げだけの共同製作者の使用によつて (R. v. Murphy; R. v. Mulins [1848] 3 Cox 526; R. v. Todd [1901] 13 Man. L.R. 364) 収取された証拠は、採用された。」

(c) Z. Cowen & B. Cartes, *Essays, on the Law of Evidence* (Oxford 1956), pp. 81-82 は、イギリスにおける不法な捜索と押収の証拠の許容性に関する判例は、直接にはその問題に関心をもつものではなかったが、古くからあり、この問題に適用しうると述べた後、一そう近い時代の例を挙げていう。「ホルスベリーとアーチボルドが英国の規則を述べるにあたり基礎づけとした典拠は、エマリス対バスマア (Elias v. Pasmore, [1934] 2 K. B. 164) におけるホリッジ判事の判決である。この判例において、原告は、家宅への侵害に対する損害、文書の押収に対する損害、およびこれらの文書についての賠償を要求した。警察官は、原告が借家人であった家宅に、ハニングトンを逮捕するために、立入ったが、それにまた、就中、後にエリアスの審判において用いられた、家宅に関する根拠証書が押収され持ち去られた。ホリッジ判事は、逮捕に際し人を捜索する権利はあるが、しかしこれは、逮捕された人以外の人が占有している家宅について権利を示している書類や財物の押収および撤去を正当化するものではないという問題に対する判例を引用した。ディロン対オーブリーエン (Dillon v. O'Brien, [1887], 20 L.R.Ir. 300, 316, 16 Cox C.C. 245) というアイルランドの事件は、合法的に逮捕された人の所有であることを根拠に、その犯罪に対する起訴について物的証拠を形成することになる財物の奪取と抑留を正当とした。法律に明るい判事はまた、スコットランドの訴訟、プリングル対ブレマーおよびスターリングにおけるチェルムスフォード卿の表明した見解を(次のように)引用した。

『しかし、元来妥当なものとは思われない捜索において、ある犯罪で訴追する者の悪事加担を示した事実が発見されたと仮定した場合、厳密に言えば、捜索官憲は正当とされるであろうが、それはその捜索の結果によって許容されたものだとい

得ると、私は思う。』

その場合において、令状は、ある財物を求めて家宅を捜索するために取得されたものであるが、捜索の過程において別の財物が、もう一つの申し立てられた犯罪への加担を示すものとして、発見された。ホリッジ判事は、次のように述べた。このスコットランド当局は、被疑者を拘禁していなかったけれども、押収が本来不法なものであろうとも、もし発見されたものが結局はいづれかの人の対する起訴のための物であることが判明した場合には、その押収は許容されるであろうというところが、決定を根拠あるものとした。

その判例についての彼の回顧において、ホリッジ判事は、『それ故に、もし、かような文書が何人かによって犯された犯罪の証拠であったという事実が明らかになるならば、その文書の押収は事情が別なら不法であるのであるが、国家の利益は、その押収を許容するに違いないし、また、この場合における文書がこのカテゴリーに該当する限りでは、その文書の押収は許容されると、私には思われる ([1934] 2 K.B. 164, 173)』と結んだ。

この判例は、直接には証拠の許容性への異議に関するものではなかったが、不法な捜索又は押収により取得された証拠が、もし適切なものであるならば、やはり証拠において許容できるといふ提議にとつて根拠となるものであることは、全く疑い得なう。』

(c) *Zelman Cowen and P. B. Carter, Essays on the Law of Evidence, pp. 72-73* において、次のように述べている。「証拠を獲得する手段における違法性がその許容性の障害になるかどうかの問題は、イギリスの官憲においては殆んど考慮されていない。ほとんどのテキストライターがその問題を全く取り扱かわないので、報告されたり判決例がほとんどない。この問題を簡単ではあるが考慮したホールズベリー (*Halsbury*) は、次のような法則を述べている。もし財産もしくは文書が不法に押収された場合に、事実においてそれらの物がある人によってなされた犯罪の重要な証拠であるならば、それは許容されるべきである (Law of England, 2nd ed., 1934, Vol. 13, p. 640)。支持して、これを引用された主要な判例は、*Elias v. Pasmore* [1934] 2 K.B. 164 である。アーチボルド (*Archbold*) は、類似の法則を述べた (Pleadings, Evi-

dence and Practice in Criminal Cases, 33rd ed., [1954], 1201) が「しか」フィッソン (Phipson) は「再度ヒリス事件を引用しながらも、直接要点を処理していな」(Evidence, 9th ed., [1952], 6, 273)。<sup>1)</sup> スコットランドの学者によつてみれば、マクドナルド (Macdonald) は、次のように述べている。物品もしくは文書が不法に、あるいは違法にさえ、被告人もしくはその他の者の支配下から押収されたかもしれないという事実は、それらの証拠の許容性に対する十分な否定とはならぬ (Criminal Law of Scotland, 5th ed., Walker & Stevenson, [1948], 326) 云々。それとまた、ルイス (Lewis) は、不法押収の立証は「証拠の許容性に障害とならぬ」という意見をもちている (W. J. Lewis, Manual of Evidence in Scotland [1925] 292)。アメリカにおつては、ウィグモア (Wigmore) が「カラムリカルな言葉で、証拠獲得の手段における不法は、コモンロー (普通法) におけるその許容性に影響を与えない」と述べており、かつ彼は「この法則と相違するといふことで、一部のあるアメリカの裁判所における常軌逸脱と見ることができるところを、強く攻撃した (Evidence, 3rd ed. [1940], Vol. 8, sec. 2183 et seq.)。アメリカ連邦最高裁判所の判決すなわちウルフ被告事件 (Wolf v. Colorado) のそれにおいて、フランクフルター (Frankfurter) 裁判官は、多数意見を論ずる過程において、連合王国およびイギリス連邦内のこの問題をあつかった一〇の司法機関についてみるに、不法な搜索および押収によつて取得された証拠を許容しないと判決したものはなかったと述べた ([1949], 338 U.S. 25, 30)。そしてこの博学多識な裁判官は、彼がこの帰結の根拠とした判決例のリストを彼の意見に付加した。」

(2) アメリカ アメリカにおいては、アメリカ連邦憲法修正第四条<sup>(1)</sup>の規定する「不合理な搜索・逮捕・押収から保護される人民の権利の不可侵」、およびこの規定との関連で理解される修正第五条の「強制される自己負責の禁止」の強調が、連邦最高裁判所による「不法な手続により収取された証拠の不許容」という一般法則の確立に決定

的影響を与えた。修正第四条は、用語上は、人民の身体、住居、書類及び所有物に対する不合理な搜索及び逮捕・押収の不法を記述するに止まり、それによって取得された証拠の許容性についてはふれていないが、連邦公務員により修正第四条に違背して得られた証拠を許容するならば、連邦自からがその憲法に違背することになる。そこで、連邦最高裁判所は、一九一四年のウィークス事件<sup>(3)</sup>において、連邦訴訟手続では、不法な搜索および逮捕・押収によって取得された証拠は、結果として許容されないことになる、判決した。かくして修正第四条の下における国民の権利の侵害においてなされた搜索および逮捕・押収を通して取得された証拠の使用による負罪から人民を保護する途が確立せられたのである<sup>(4)(5)</sup> (Weeks doctrine)。しかしながら、この排除についての連邦法則には、その後の判決によって幾多の制限が導入された<sup>(6)</sup>。また一九六一年のマップ事件<sup>(7)</sup>の判決において、最高裁判所が排除法則をすべての州に及ぼす旨の判決をするまでは、各州に排除法則を強制する如何なる判決もなかったので、州の訴訟手続においては、不法取得の証拠の許容が認められていた<sup>(8)(9)</sup>。すなわち、一九四九年に、連邦最高裁判所は、ウルフ事件<sup>(10)</sup> (Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25)における判決が、「州の犯罪に対する州裁判所における刑事訴訟においては、修正第四条は、不合理な搜索および押収によって取得された証拠の認容を禁止しない」と説示したのである<sup>(11)(12)</sup>。

ところが、一九六一年に至って、連邦最高裁判所は、マップ対オハイオ州事件についての判決において、排除法則をすべての州に及ぼし<sup>(13)</sup>「我々は、憲法に違反する搜索および押収によって獲得されたあらゆる証拠は、州裁判所においても、同じ判例によって認容し難いものである<sup>(14)</sup>」と説示した<sup>(15)</sup>。すなわち、マップ事件の判決は、アメリカ連邦憲法修正第一四条の法定手続条項によって、各州に修正第四条を強制したのである。その結果、州裁判所にお

て混乱が生じた。各州が修正第四条の下で法式化されたのか、もしくは修正第一四条の下で更に大きな適応性を認められた諸規則に束縛されることになるのかどうかについて、不明確なものが残ったのである。しかし、この問題は、一九六三年のカー対カリフォルニア事件 (*Ker v. California*, 374 U.S. 23) において、連邦最高裁判所の判決によって解決された。それによれば、州の裁判所は、州の公務員による搜索が不合理なものであるかどうか、およびそれによって得られた証拠が不法であるかどうかを判定する場合、合理的であることについての連邦の基準を適用しなければならぬとされた。州の裁判所は、修正第四条の下で連邦最高裁判所の判決によって支配されねばならないことが明らかにされたのである。<sup>(16)</sup>

連邦最高裁判所がマップ事件の判決をしたとき、判例が既往に遡って適用になるかどうかについては、如何なる裁定もしなかった。しかし、下級連邦裁判所と州の裁判所とは、マップ判決が遡及して適用されるかどうかに関しは一致してはいないが、多くの裁判所においてマップ判決の既往に遡る適用がなされた。<sup>(17)</sup>

(1) アメリカ憲法修正第四条(一七九一年) 不合理な搜索及び逮捕押収に対し、身体、住居、書類及び所有物の安全を保障される人民の権利は、これを侵害することはできない。令状はすべて、宣誓又は確約によって支持される、信頼するに足る原因に基いてのみ発せられること、かつ搜索さるべき場所及び逮捕押収さるべき人又は物を明示するものなることを必要とする。(岩波基本六法昭和四九年版一三五頁より引用)。

(2) アメリカ憲法修正第五条(一七九一年) ……何人も、刑事事件において、自己に不利益な供述を強制されることがない。 ……(岩波基本六法昭和四九年版一三六頁より引用)。

(3) *Weeks v. United States* [1914] 232 U.S. 383.



(4) Z. Cowen & P. B. Carter, *Essays on the Law of Evidence*, p. 73.

(5) Z. Cowen & P. B. Carter, *Essays on the Law of Evidence*, pp. 77-79 は、ウィークス法則をめぐるアメリカ法曹界の賛否両論を紹介して、次のように述べている。

「この問題についてのアメリカの判決例の経過は、決して明白でも一定したものでもない。判例の批判的調査に乗り出すことは、目下の目的ではない。しかしながら、これらの成り行きがアメリカの裁判官や著述家によって述べられているように、不法な搜索および押収によって取得された証拠の許容性についての討議の基礎となる法則に我々はかかりあひをもっている。ウィークス事件において、ディ裁判官 (Day J.) は、裁判所の意見を述べて次のことを提出する。『もし手紙や私的文書がこのように押収されて犯罪について告発された市民に対する証拠に使用されるならば、かような搜索および押収に対して安全である市民の権利を明示している修正第四条の保護は、価値のないものである。また、かような位置に置かれる搜索押収に関係する限りでは、同様にまた憲法に行き当らざるを得ないであろう。』 ([1914] 232 U.S. 383, 393)。

修正憲法第四条の範囲の広い解釈およびウィークス事件における主張の拡張解釈のための原則の非常にはっきりした陳述は、ホルムステッド事件 (Olmstead v. U.S. [1928], 277 U.S. 438, 470) におけるホルムズ裁判官 (Holmes J.) の反対意見において現れている。

『我々は、要求される二つの目的、その両方の要求をもつことはできないが、その二つの目的を考慮しかつそれを選択すべき我々の見解をつくり上げなければならぬ。犯罪者は発見されなければならないこと、およびその目的のためにはあらゆる役立ちうる証拠が用いられるべきこともまた、望ましいことである。他の犯罪が証拠の取得のための手段となるとき政府機関が自からその犯罪に対し助成しかつそれを役立てるべきでないということもまた望ましいことである。もし犯罪による証拠の取得が当局に役立つものであるならば、私は、同様の方法での証拠取得が同様に当局にとって利益にならないかも知れないという理由がわからないし、また、私は、もし将来それが果実を生んで利益を与えるであろうことを、知りながら認容し、役立てかつ声明するならば、非難の抗議に如何なる重要さも伴うものとなし得ない。我々は選択しなければならぬ』

し、かつ私をしていわしめれば、私は、政府機関が下劣なことを演ずべきであるとするとよりも、若干の犯罪が免れるであろうことを、比較的小なる悪であると考えるものである。』(1928J, 277 U.S. 438, 470)

反対のアプローチは、ウィークス法則に従う傾向を示した州裁判所の判決に明確に述べられている。

『犯罪を立証しようとする証拠が裁判所の前にあるとき、公共の利益は、それが許容されることを要求する。それは、これらの憲法上の保証の下での個人の諸権利は犯罪から保護すべき社会の権利に勝っているという理論に基いて排除されるべきでない。現今の生活の錯綜と便宜とは、犯罪の発見をますます困難とする。責任は、われわれの憲法上の保証に少くとも一世紀以上の間効果を示してきたそれと相違した解釈を与えることによって増加されるべきでない。』(State v. Reynolds, [1924J, 101 Conn. 224 per Wheeler J.]

一方において、警察の手段と活動に対するコントロールが民主主義社会においては最高の重要性をもつということに重点を置く見解が表明されている。法に対する関係での最も十分な保証は、警察に対して違法に取得された証拠を用いる権利を否定することによって与えられると思われる。刑事訴訟においてかような証拠を利用することができるとされることよりも、犯罪人が自由になるべきであるというこのほうが一そうよいことである。

別の見解は、警察がその不法な行為について罰せられないままであるべきでないとする。この見解では、不法に獲得された証拠を受け入れないことによって犯罪人が逃れることを許すことは、望ましいことでないということを、率直に示している。この見解においては、法を犯した警察官は、刑事処罰をうけるとともに、彼の不法行為についての民法上の責任を生ずるものとされるが、しかし、違法行為の結果発見されたものは、もし適当ならば証拠として許容されるべきであるということが、結論でなければならぬとされている。この主張は、嫌疑者に対する証拠の取得にあたり遭遇した大きな困難、ウィーク法則の採用によって大きく増大されている困難に対する関係によって強められる。

ウィグモアは、許容の強力な支持者であった。彼は、ウィークス事件における判決を攻撃して、『裁きを無効にしかつ……住民の法を潜る階層を甘やかすものである。それは、最高裁判所を、彼らがそこで保護にあたっている真の制度の基礎を危

うくすることに列する地位に置く。それは、熱心すぎる法の職員を、罰せられない殺人者、横領犯人もしくは売春仲介者よりも、社会に対する一そう大きな危険とみるものである。』(Wignmore, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence, 3rd ed. [1940] Vol. Viii, sec. 2184 [at pp. 36-37])

これは、論理的に適切な証拠は、それに対する反対を理由づける強力な政策があるのでなければ、許容されるべきであるという彼の一般的な法理と調和したものであった。この場合に於ては、証拠排除をしないで、不法行為者は刑事上または民事上の制裁を課せられ得るのだから、かかる理由(採証を反対する理由)がなかった。ウイグモアのアプローチは、自白法則の彼の解釈と矛盾しないことでもあった。不当に誘引した自白の排除を彼が正当づけた根拠は、それらが真実でないかもしれないこと、かつまたそれ故に、論理的な適切さのパターン(型)に適合しないということでもあった。他方において、不法な捜索および押収によって獲得された証拠は、かような危険を含まなかった。適切な類似が、認容し難い自白の結果発見された物件の証拠許容に関する法則について存在した。この類似が六〇年余り以前に不法捜索についてのカナダの判例の中に表示されたということは、注目すべき関心事である。ドイル被告事件(R. v. Doyle, [1886], 12 Ont. R. 347)において、違法な令状の行使によって取得された証拠は許容しうると判決された。ウィルソン裁判長(Wilson C. J.)はいった、「私は、証拠は、そのように不当に発見された事実が事件の当事者に対して認容される事実——それが発見された方法とは別——である限りは、許容される、と考える。」([1886], 12 Ont. R. 347, 353)。博学多識の裁判長は、自白法則の長々とした論議に乗り出した。ウイグモアによって後に骨折って作り出された分析に従えば、彼は、不合理に引出された自白が排除される理由は、その自白が真実であることを保証し得ないからであったからであり、許容し得ない自白の結果発見された物件は、例えばワリックシャー事件(R. v. Warickshall [1783], 1 Leach 263)におけるように、それが事実であったが故に証拠として許容されたのである、と述べた。不法な手段によって発見された証拠も同様にまた事実であり、そしてその理由(事実であるという理由)のために、許容された。……しばしば証拠が許容し得ると判決されるとき、根拠となった仮定は、ドイル事件におけるように、証拠は事実であり、かつそれ故に信頼するに足りるものであったということであると思われる。

ホルムステッド被告事件 (Olmstead v. U.S.) におけるホルムズ裁判官 (Holmes, J.) の意見に現れたもののような考慮は、ほとんど注目を受けず、ほんのわずかな判例において取り上げられているにすぎないと思われる。」

(9) Z. Cowen & P. B. Carter, *Essays on the Law of Evidence*, pp. 74-75. ……「その後の判決は、この排除についての連邦法則に幾多の制限を導入した。これらの制限のあるものは、連邦の訴訟手続における一般的排除法則を支持する原理にびつたりとしたものでないように思われる。証拠は、それが不法に取得された場合でも、州によるものは許容されると判決されたが、連邦公務員によるものは許容されなかった(一九一四年の Weeks v. U.S., 一九二七年の Bryan v. U.S., 一九二七年の Gambino v. U.S., 一九四九年の Lustig v. U.S.)。また、証拠は、それが連邦公務員によって、被告人からではなく第三者から不法に取得されたものである場合には、許容される (Lefkowitz v. U. S. Attorney, 2d. C. C. A., [1931], 52 F. 2d. 52, 55)。不法に取得された証拠でも、被告の供述に関する直接証拠を信用力の否定に使用することは許され得るが、しかしそこにおいては、同じ証拠を有罪の決定を得るために直接使用することは許容されないであろうと判決された (Walden v. U.S. [1954], 347 U.S. 621)。その他の判決は、連邦裁判所における法則の範囲および許容に関する若干の疑点を指摘しようとするに思われる (Harris v. U.S. [1947], 331 U.S. 145; Trupiano v. U.S. [1949], 334 U.S. 699; U.S. v. Rabinowitz [1950], 339 U.S. 56; Brinegar v. U.S. [1949], 338 U.S. 160; Goldman v. U.S. [1942], 316 U.S. 129; OnLee v. U.S. [1952], 343 U.S. 747)。

また、連邦最高裁判所は、類似の問題を処理している。ホルムステッド事件 (Olmstead v. United States [1928], 277 U.S. 438) において、ワイークス事件の原理は、被告人の自宅から電話盗聴によって取得された証拠の排除をしなければならぬとするものではないと、判決された。排除法則は、人身、書類あるいは所持品といったような有体的な物件の搜索についてのみ適用されるとされたのである。これについては、ホルムズ裁判官 (Holmes, J.) およびブランドリス裁判官 (Brandeis, J.) が参加した有力な反対意見があった。その後の判例において、有体的である限り、権限なくしてなされる盗聴およびかような通信の暴露を禁止した連邦通信法 (Federal Communications Act) の規定に従って、ナードネ事件

(Nardone v. U.S.) およびワイズ事件 (Weiss v. U.S.) において、この制定法は、その条項を侵犯して政府の法令執行機関により傍受された各州間および州内の通信を証拠として許容することを禁ずるものとして適用されると判決された。これは、ナードネ事件 (Nardone v. U.S. [1939], 308 U.S. 338) において、それ以上の意義をもたせられた。その事件においては、裁判所は、かような傍受された電信電話の使用によって獲得された証拠は、禁止されていると判決した。しかしながら、ゴールドマン被告事件 (Goldman v. U.S. [1942], 316 U.S. 129) においては、連邦機関は、被告人が現在する居室に接続する部屋との隔壁に操知機を取りつけて、会話を盗聴した。この事件は、連邦通信法の規定にないことであった。その証拠は許容されると、多数意見によって判決された。裁判所は、如何なる侵害もなされなかったと裁決し、かつオルムステッド事件を先例とすることをやめることを拒否した。」

(7) Mapp v. Ohio, (1961), 367 U.S. 643. この事件では、正規の搜索令状を有しないで警察官がマップの宅を搜索し、証拠物としてワイセツ文書等を押収したが、裁判過程において検察側から令状の提出はなく、また不提出の説明もされなかった。オハイオ州では排除法則が採用されず、右の不法に押収された証拠によって、被告人マップをワイセツ文書所持で有罪の判決をした。オハイオ州最高裁判所からの上訴で、この事件は、連邦最高裁判所に持ち出され、一九六一年の画期的なマップ判決がなされた。

なお、マップ事件を紹介したわが国の文けんとして、判例時報二八六号二頁以下の田宮裕・「違法収集証拠と米連邦最高裁」がある。参照されたい。

(8) Z. Cowen & P. B. Carter, Essays on the Law of Evidence p. 75. ……「ウィークス事件における法則は、連邦事件の起訴における証拠の許容性のみ適用される。その問題が州法の下での訴訟手続において、排除についての何らかの憲法上の要請があるかどうかを、連邦最高裁判所に向って直接提起されたのは、極く最近のことであった。」

(9) ハールバット教授 (Prof. John B. Hurlbut) セミナー記録・日米比較刑事訴訟手続・司法研修所研修叢書五〇号 (昭和三六年四月) 四頁以下「アメリカでは、刑事法の運用というものは、基本的には州、州政府の取り扱う事柄であって、：

…五〇の州の制度と、一つの連邦の制度とを持っているというのが実情なのである。たしかに、…最近数十年にわたって、連邦最高裁判所が、連邦憲法修正一四条の正当手続条項を使って、州政府が従わなければならないところの刑事法運用上の基準というものを幾つか打ち立てて来たことも事実である。しかし、それにもかかわらず、刑事法の運用の細かい点について一般的に考えるということは、たいへん危険である…細かい点については、五一のそれぞれの制度が現実大きく異った内容を持っているからである。」

(9) Z. Cowen & P. B. Carter, *Essays on the Law of Evidence*, p. 75. … 「ウルフ事件 (Wolf v. Colorado, 1949), 338 U. S. 25) において、警察官は、令状なくして被告人の事務所に行った。警察官は、被告人の面会約束帳簿を捜索して、その患者のリストを取得し、そのうちの若干の者を尋問した。この明白に不法な行動の結果として取得された証拠に基づいて、被告人に対して告発 (information) がなされた。裁判所は、修正憲法第四条の法定手続の条項は、専横な州の警察官の侵入に対する憲法上のプライバシーの権利を具体的に表したものであると判決した。しかしながら、このことから、法定手続 (due process) が、かようなプライバシーの侵害の結果として不法に取得された証拠の排除を要求することにはならないとされた。証拠が許容されたとする裁判所の見解を述べるにあたって、フランクファーター裁判官 (Frankfurter J.) は、彼が表示したアメリカ司法機関の慣行から根拠を引き出した。ウイクス事件 (一九一四年) 以前には、その問題を取り上げた二七の州のうち、二六の州がウイクス法則 (Weeks rule) に反対し、一州のみがそれに従った。ウイクス事件以後においては、四七州においてそのことが考慮されたが、そのうちの一七州のみが連邦法則にしたがい、三〇州はそれを承認しなかった。フランクファーター裁判官は、彼の読んだところでは異口同音にウイクス法則に反対したイギリス連邦における慣例から更に強い根拠を引き出した。ウルフ事件においては、法定手続 (due process) はかような警察の不法侵入占有によって侵害されないのみならず、また、かようなプライバシーの侵害によって取得された証拠は許容性がないと判決されなければならないということを要求しているものでもない、ということを示しているという強力な反対意見があった。」

(11) Henry B. Rothblatt, *Handbook of Evidence for Criminal Trials*, p. 17.

(23) Z. Cowen & P. B. Carter, *Essays on the Law of Evidence*, pp. 75-76 以下、ローチン事件 (Rochin v. California, [1952], 342 U.S. 165) をよびアーヴィン事件 (Irvine v. California, [1954], 347 U.S. 128) をよび、ウルフ事件の判決との関連において、次のように論じている。

「ローチン被告事件においては、州警察は被告人の居宅に不意に現われて、強制的に被告人の口から粟のキャプセルを取り上げようとしたが、失敗して、警察は被告人を病院に連れてゆき、チューブを用いて被告人の胃の中に、はき気を起させることによってカプセルを吐き出させた。カリフォルニアの有罪判決は、連邦最高裁判所によって、法定手続の保障が有罪判決を取得するために用いられた方法によって侵害されたという根拠に基いて、取り消された。……ローチン被告事件が裁判所によって不法な搜索押収事件として取り扱われなかったことは、注意されるべきであろう。……その判決は、単に、証拠取得のある種の方法がそれ自体として法定手続の保障の単純な否定であるという根拠に基いたものであった。

ウルフ事件とローチン事件における判決は、アーヴィン事件において暴露された法における不確実な部面を残した。違法な寄せ集め書籍編集に対する有罪判決を得るために、カリフォルニア警察は、錠まえ屋に被告人の家への鍵を作らせた。警察は不法に侵入しマイクロフォンを適当な場所に置いて、適当な聴取場所に電線をとるために屋根に穴を開けた。警察は、一そう都合のよい場所にマイクロフォンの移転をするために、機会をみては不法に家に再度侵入し、長期間聴取した後、州裁判所において、被告人を責任を負わせて有罪判決にした。連邦最高裁判所は、辛じて得た多数によって有罪判決を支持した。が、警察の方法は、多数意見からも少数意見からも同様に攻撃された。四人の裁判官は、ジャクソン裁判官 (Jackson J.) によって、その事件はウルフ事件によって包括され、かつローチン事件は被告人という個人への強制的攻撃による特別の場合として取扱われたものだと言われた。また、この意見は、かような事件における証拠取得のために警察が経験した困難さを強調し、かつまた不法に取得された証拠の排除法則が警察の不法の問題にとり組む適当な方法であるかどうかについて、若干の疑問を表示した。クラーク裁判官 (Clark J.) は、別の同一意見において、先例羈束の原則 (stare decisis) としてウルフ判例に従った。彼は、自分は個人的にはウルフ判決を不可とし、州の事件において追従されたウィークス判決

をみるより選んできたものであると述べた。反対説のダグラス裁判官 (Douglas J.) は、ウルフ事件の判決は間違っており、追従すべきものでないであろうという意見のものであった。

判決におけるわかりにくきは、フランクフマーター (Frankfurter J.) およびバートン (Burton J.) の両裁判官の異見表明において極めて明確に示されている。これらの裁判官は、ウルフ事件において公表された法則を厳密に把握すれば、証拠は許容し難いものであるとの立場をとった。これは、この事件がローチン法則の下に置かれるものであることを意味した。ローチン法則は人身への肉体的攻撃に限定されなかったものである。これは、州の刑事訴訟手続における不法に取得された証拠の許容の原則の適用がからまった事件ではなかった。その有罪判決は、有罪判決を獲得するための一定の方法それ自体が法定手続の保障を侵害するという法則の下では、根本的に悪であった。

この問題についてのアメリカの判決例の経過は決して明白でも一定したものでもない。」

(c1) Henry B. Rothblat, *Handbook of Evidence for Criminal Trials*, p. 17 は、「排除法則にらうて次のように述べる。  
「マップ対オハイオ州事件 (Mapp v. Ohio) は、排除法則をすべての州に及ぼした。

刑事犯罪弁護士は、一九六一年に最高裁判所がマップ対オハイオ州事件 (Mapp v. Ohio, [1961], 367 U.S. 643) にらうて判決を下したときに、州法廷における被告人の弁護にとつて最も強力な道具の一つを与えられた。

マップ事件以前においては、修正第四条の保障 (不合理な搜索および押収から保護されるべき人の権利) は、連邦法廷における訴訟手続に限定されていた。その命令書は、一九一四年に、ウィークス被告事件 (Weeks v. United States, [1914], 232 U.S. 383) にらうて連邦最高裁判所 (the Supreme Court of the United States) にらうて確認された。ウィークス被告事件において、連邦最高裁判所法廷は、不穏当な搜索および押収に対する修正第四条の禁止を侵犯して獲得された証拠は、連邦裁判所の法廷の訴訟手続において用いられてはならないと、判決した。

各州に排除法則を強制する如何なる判決もなかったので、州の訴訟手続における被告人は、不法に獲得された証拠の使用にらうてしばしば有罪とされた。一九四九年に至つて、連邦最高裁判所は、州の犯罪に対する州裁判所における起訴におい



ては、修正第四条（いかなる州も法定手続の保障なくして人からその生命、自由および財産を奪うべきでない）は、不当な捜索および押収によって獲得された証拠の認容を禁止しなむ」と判決した。ウルフ被告事件（Wolf v. Colorado, 338 U. S. 25）。

ウルフ判例は、マップ被告事件（Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643）によって廃棄された時である一九六一年までは、法であった。裁判所は、率直に排除法則を述べた……

我々は、憲法に違反する捜索および押収によって獲得されたあらゆる証拠は、州裁判所においても同じ判例によって認容し難いものと判決した。（367 U.S. at 655）

#### 参考文献

Day & Berkman, Search and Seizure and the Exclusionary Rule: A Re-Examination in the Wake of Mapp v.

Ohio, 13 W. L. Rev. 56 (1961).

Sobel, A Comment on the Law of Search and Seizure, The Pleader, pp. 1-4.

(14) 367 U.S. at 655.

(15) Henry B. Rothblatt 前掲書一七頁より引用。

(16) Henry B. Rothblatt 前掲書一八頁より引用。

(17) Henry B. Rothblatt, Handbook of Evidence for Criminal Trials, pp. 18-19 は、マップ判決の既往に遡る適用に関するアメリカの下級連邦裁判所および州裁判所の事例について述べている。

「マップ対オハイオ判決の既往に遡る適用

連邦最高裁判所が前掲のマップ事件を判決したとき、判例が既往に遡って適用されるべきかどうかに関する如何なる裁定もなされていない。下級連邦裁判所と州の裁判所とは、マップ判決が遡及して適用されるかどうかに関して一致してはいない。第四巡廻裁判所に対する巡廻控訴裁判所（Circuit Court of Appeals）は、ホール対ウォードン事件（Hall v. Warden,

別件逮捕の許容性の限界（四）（飯田）

（一一〇）

三三三

313 F. 2d 483) において、マップ判決を遡及適用した。人身保護令状 (writ of habeas corpus) は、たとえマップ判決以前に被告人の有罪の決定が肯定されかつ決着がつけられたものであっても、正当であるとして支持された。審理における証拠の許容に反対することを怠たることは、被告人の憲法上の権利の放棄を構成しないであろう。(ヤング対ビーバーザック事件) (Young v. Peppersack, 213 F. Supp. 854)。

第九巡回裁判所は、同様に、マップ判決以前にカリフォルニアの訴訟手続は一般的に連邦の標準に調和を保っていたと述べて、ハースト被告事件 (People v. Hurst, 325 F. 2d 891) においてマップ判決を遡及適用した。それ故、マップ判決の遡及適用は、「過去の有罪決定の無差別な取消」(“wholesale reversal of past convictions”) をもたらしものではないであろう。

その他の裁判所は、マップ判決の時に未決であった事件に、マップ判決の遡及適用をした。かくして、搜索と押収の結果がマップ判決以前の審判において採り上げられたところでは、控訴審裁判所が判決を取り消した。

State v. Fahy, 183 A. 2d 256; People v. Wade, 12 N. Y. 2d 61, 236 N. Y. S. 2d 36; People v. Yarmosh, 11 N. Y. 2d 397, 184 N. E. 2d 165; People v. Winterheld, 115 N. W. 2d 80; State v. Valentin, 174 A. 2d 737; United States ex rel. Mancini v. Rundle, 219 F. Supp. 549 を参照。

第二巡回控訴裁判所 (Second Circuit Court of Appeals) は、上訴手続が完結されていない事件に、遡及的にマップ判決を適用した。連邦前犯罪申告者カラファス対ラ・ベリー事件 (United States ex rel. Carafas v. LaVallee, 334 F. 2d 331) において、人身保護令状救済は、たとえ請願者が審判において憲法上の事点を申し立てなかった場合でも、認められた。ホイ対ノイア事件 (Fay v. Noia, 372 U. S. 391) を引用して、裁判所は、どのような事情の下では請願者は、『故意に知られている権利もしくは特権を放棄しなかった』と述べた。裁判所は、更に、『三三三頁において、次のように記述する……

『カラファスが審判の時に適用しうる法の下で本當の意味で許容された証拠に異議を申立てたということ』を、この点に関

して、主張することは、この上ない不合理であるであらう。』

連邦前犯罪申告者ウェスト対ラ・ヴァリー (United States ex rel. West v. La Vallee, 335 F. 2d 230)』

(3) アメリカにおける「毒樹の果実」の法理の適用 上述したところは、直接に違法手続によって取得された証拠の排除に関する法則であるが、アメリカでは、更に憲法違反の捜索および押収の結果に基いて取得された証拠の排除法則が確立されている。通常一般に「毒樹の果実」(Fruit of the poisonous tree)の法理として説かれているものである。<sup>(1)</sup>

アメリカの連邦最高裁判所は、この法則を表現して、「ある手段による証拠の取得を禁止する条項の本質は、そのような手段によって取得された証拠が単に裁判所の面前において許容されないであろうというに止まらず、それは如何なる用途にも供されてはならないということにある」と説示する。<sup>(2)</sup>すなわち、違法手段によって取得された証拠資料は、証拠として用いることを禁止されるばかりでなく、捜査行為の手段もしくは端緒として用いることも、その他いかなる用途にも用いることが禁止されるとするのである。したがって、違法取得供述の許容性が否定されることはいうまでもないが、さらにその供述から存在を知り捜査して取得した証拠や証言もまた、証拠とすることを許容されないことになる。そればかりでなく、地方警察における拘禁尋問による苦痛をうけた被疑者を受けついでなされたFBIの取調によって得られた被疑者の自白は、毒樹から生じた果実であると認定されるが故に、証拠とすることを排除されることになる。<sup>(3)</sup>

アメリカにおける最近の判例・学説の動向は、上述してきたように、刑事被告人の憲法上の権利の保障を、国家およびその職員の絶対的義務として把え、憲法を侵犯する結果を生ずるすべての捜査行為の果実は、排除されなければならぬという法則を確立していると思われる。

次に、浮浪の責任を問うて拘禁した被疑者の、留置場内での会話を盗聴して得た殺人の証拠物の所在場所の情報をもとになされた令状なしの捜索を、汚れた原由から取得された情報による不法な捜索であるとし、その結果として取得された殺人の兇器は、不法取得物であるから、毒樹の果実として排除されたとしたロビンソン事件 (*People v. Robinson*, 13 N. Y. 2d 296) の判決がある。この判決では、浮浪の問罪での被告人の勾留は、殺人の取調について被告人を拘禁するための単なる口実にすぎないから、勾留中の被告人の供述はすべて証拠とすることを許容できないとされた<sup>(4)</sup>。この判例は、いわゆる別件勾留を違法とし、その結果得られた供述およびその供述による捜索をも違法とし、その結果得られた物を毒樹の果実として排除する。

(一) *Henry B. Rothblatt, Handbook of Evidence for Criminal Trials*, pp. 11-13 は、「憲法に反する捜索および押収の果実は排除されねばならない」という法則について次のように述べている。

「排除法則は、現実には押収された物的証拠のみならず、また不合理な捜索および押収の結果として発見されたいづれのその他の証拠をも包含する。一般に「毒樹の果実」(fruit of the poisonous tree) として言及されているこの法則は、次のように最高裁判所によって表現された。

『ある方法における証拠の取得を禁ずる条項の本質は、そのように取得された証拠が単に裁判所の前で用いられないであらうということだけに止らず、それはどのようにも用いられてはならないであらうことである。』*Silverthorne Lu-*

member Co. v. U.S., 251 U.S. 385. (1920).

この法則を適用したときに最高裁判所は次のように記述した。

『……不法な押収からそのように直接に引き出された供述証拠および現在の事件における公務員の行為として正当と認められない逮捕は、不当な侵入の一そう共通の有形の果実と同様に、職権による不法の「果実」そのものである。』 Wong Sun v. U.S., 371 U.S. 471, (1962).

不法な逮捕の後に採取された指紋は、不法な逮捕の「産物」として排除された。 Bynum v. U.S., 262 F. 2d 465.

不法な捜索のなされる間に、被告人によって任意に引き渡された麻醉剤は、排除された。 United States v. Watson, 189 F. Supp. 776.

不法な捜索の間に捜索官が観察したことに関する証拠（人証・書証）は、排除された。 McGinnis v. U.S., 227 F. 2d 598.

不法に押収された書籍や記録の調査によって発見された証拠は、証拠とすることを阻止された。 People v. Martin, 382 Ill. 192, 46 N. E. 2d 997.

警察官が令状の発付を得ずに被告のアパートの部屋に破って侵入した際に警察官によって発見された証拠もまた、それは不法な捜索の「結果として発見された」のであるから、証拠とするための適法な資格がなるとみなされた。 People v. Albea, 2 Ill. 2d 317, 118 N. E. 2d 277.

ハルレー・ティーン事件 (United States v. Paroutian, 299 F. 2d 486) において、麻薬取締官 (Narcotics agents) は、被告が居住権をもつ家宅の不法な無令状での捜索をした。その後の同じ家宅の合法的な、令状なしの捜索の間に、彼らは資料を発見し、その資料によって西洋杉の密室の壁の中に区切られた秘密の一区画の中からヘロインを押収した。彼らは、被告が占めから離れた後に、家主の同意を得て家宅に入ったのである。

裁判所は、政府が秘密の区画を知ったことが不法な捜索以外の理由によるものであったことを示した場合にのみ、押収は

合法でありヘロインは許容されるであらうと、判決した。

スボフォード事件 (Commonwealth v. Spofford, 180 N. E. 2d 673) において、不法な捜索の後、被告は、警察官によって尋問された。彼はその後それ以上の捜索に同意した。その捜索から取得された証拠は、排除された。裁判所は、第二の捜索は最初の捜索から起ったとみなされるし、かつその不法によってかくも汚されたと、判決した。

アレン事件 (People v. Allan, 29 Cal. Rptr. 455) において、被告は夜盗罪の間罪で不法に逮捕された後、何かを口の中に隠そうと試みた。そのとき、訓戒と安全の理由で被告を捜索した結果、ヘロインが発見された。ヘロインは証拠とすることを排除された。その理由は、被告は、合法的に保護されなかったし、またこうしたやり方は被告の統制方法として一般的に認められた方法に従ったものではなかったというにあった。」

なお、本誌四巻一号四七頁以下の注(8)参照。

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

(3) 本誌第四巻第一号四七一—四八頁の注(8)参照。なお「毒樹の果実」とされた事例については、前掲注(1)参照。

(4) Henry B. Rothblatt, Handbook of Evidence for Criminal Trials, p. 13 に、次のような別件勾留事件の記述がある。「ロビンソン事件 (People v. Robinson, 13 N.Y. 2d 296) において、被告、ジャックソンは、浮浪の責任を問われて逮捕され、夜どおし独房に入れられた。被告の知人であるブラッドレーは、隣の独房に入れられていた。被告は、結局は彼が審理され有罪とされた強盗および殺人について、ブラッドレーに対して、自己に不利な会話を行った。警察官は、その会話を盗聴して殺人の兇器が発見された場所を聞き知った。警察官は、兇器を取得するために、令状なしに被告の家宅の捜索を行った。」

裁判官は、あらゆる罪状認否についで陳述は、浮浪の間罪での被告の拘禁が、殺人の取調に関して被告を抑留するための単に口実にすぎなかった時期の間になされたものであるという理由で、許容できないと判決した。裁判所は更に、殺人の兇器は、その情報が汚れた原由から受け取られたものであるが故に、不法な捜索の結果として取得されたものであると判決し

Richardson, on Evidence (9th Ed. 1964), U.S. v. Sims, 231 F. Supp. 251 (Winter, J.) 参照。

(二) わが国における判例・学説

(1) 判例の概観 違法な別件逮捕によって取得された被疑者の供述を根拠として実施した捜査行為の結果取得された証拠物件の許容性について、直接に判断を示した判例は、今日までのところ見当たらないように思われる。しかしながら、違法収取証拠物の許容性もしくは証拠能力に関しては、多くの判決例が存在する。それゆえに、これを類別・概観し、わが国の判例の傾向およびわが国の裁判所により確立されつつあると思われる排除法則を追求することにより、所期の目的を達することができるであろう。

違法収取証拠の許容性に関するわが国の判例の傾向の変化は、三つの時期に大別される。しかもそれは、被占領中の占領軍による違憲排除の示唆的内面指導およびアメリカの判例の影響をうける機会を得たことに決定的な原因があると思われる。

アメリカにおいて、マクナブ判決がでたのは一九四三年（昭和一八年）であり、次いで一九四八年（昭和二三三年）にはアプショー判決がでている。しかし、当時は戦争中もしくは戦争後の被占領時代であったために、マクナブ・アプショー法則がわが国の学界および法曹界に知られるようになるためには、サンフランシスコ平和条約締結後のアメリカ法研究の成果を待たなければならなかった。それ故に、昭和三十一年六月一九日の大阪高等裁判所の判

決が<sup>(1)</sup>違法排除説をとるまでは、最高裁判所はもとよりのこと、下級審判決においても、すべて虚偽排除説の立場を基本としてとるものであった。

もっとも、虚偽排除説をとっているといっても、昭和二五年の上半期まで(第一期)とそれ以後(第二期)とでは大きな相違がみられる。昭和二五年上半期までの判例は、大審院当時の判例が示した押収手続の違法は、押収物の証拠能力に影響を及ぼさないという考え方を受け継いできた<sup>(4)(5)(6)</sup>(手続違法許容説)。虚偽排除説に立つものである。ところが昭和二五年後半期から昭和二八年までの判例では、従来の虚偽排除説を基本としながら、<sup>(7)(8)(9)</sup>憲法の条項に違反するような重大な違反手続による証拠は許容されないが軽い違法手段による取得証拠は許容されるとの判例が多<sup>(10)(11)(12)</sup>くでている(軽違法手続許容説)。これまでの時期は、わが国の司令部に対する占領軍の違憲排除の示唆的内面指導の影響がみられたとしても、アメリカの判例の直接の影響はなかったものと思われるが、法治主義のたてまえからして、違法違反排除への傾向の芽生えがあらわれているといひ得よう。しかしながら、昭和二八年にあらわれた判例の傾向は、虚偽排除説の堅持であるように思われる。ただ、この時期に、証拠物または証拠書類について適法に証拠調がなされた上は、その収取手続の違法にかかわらず、証拠とすることができるとする法理(違法取得証拠の適法証拠調後の許容の法則)<sup>(13)</sup>を確立する最高裁および高裁の判例がでていることは注目すべきであろう。この法理は、虚偽排除説に立ちながらも、違法排除説への反省をその奥に芽生えさせている点で、前述の軽違法手続許容説と同思考性を有すると思われる。

第二の時期は、サンフランシスコ平和条約によって独立国としての資格を承認されたわが国に、マックナブ・ア



プシャウ法則<sup>(15)</sup>が紹介せられ、刑事訴訟法学界に強い影響を与え出した昭和三〇年頃から四〇年頃までの時期である。この時期においては、アメリカにおいても一九五七年(昭和三年)にマロリー判決が出てマックナブ・マロリー法則<sup>(16)</sup>が確立された。また、一九六一年には、マップ判決がでて、ウィークス排除法則の州への支配が確立された。さらに、一九六二年のウォングサン (Wong Sun v. U. S.) 判決、一九六三年のファイ (Faly v. Connecticut) 判決がでて、いわゆる毒樹の果実主義 (fruit of the poisonous tree doctrine) を拘禁しての取調に適用すべきものとした。また、一九六四年にはエスコベド (Escobedo v. Illinois) 判決<sup>(17)</sup>が、さらに一九六六年には、ミランダ (Miranda v. Arizona) ウェスターバー (Westover v. U. S.) およびステewart (California v. Stewart) 等の諸事件の連邦最高裁判所の判決がでて<sup>(18)</sup>いる。

この時期におけるわが国の判例の傾向は、虚偽排除説に立ちながらも、憲法違反の手続を排除することでは一致した<sup>(19)</sup>ものがみられる<sup>(20)</sup>。しかしながら、昭和三六年六月七日の最高裁判所大法廷判決は、違法排除説に立つ昭和三一年六月一九日の大阪高等裁判所の判決が適法証拠調を経た違法取得証拠の許容を否定したのを破棄して、違法排除説に制限を加え、従来からの最高裁判所の判例の立場を維持した<sup>(21)</sup>。

もっとも、この大法廷判決には、数個の補足意見および少数意見が附記されている。そのうち、藤田・奥野両裁判官の意見は、違法収集物件の証拠能力を否定し、このような物件に関する書類の証拠を許容しないとしながらも、証拠とすることに被告人の同意があれば許容性があると<sup>(22)</sup>する。この見解は、違法排除説に立ちながら、憲法上の権利の放棄を認めることによって、大法廷判決の多数意見と結論の一致をみているのである。

ところが、小谷・河村両裁判官の少数意見は、絶対的違法排除の立場をとり、憲法に違反する捜索押収およびこれによる押収物に関して作成された証拠書類については、被告人の同意があっても、証拠の許容性は認められないとする。<sup>(23)</sup> この見解は、アメリカの一九一四年のウィークス排除法則<sup>(24)</sup>およびこの排除法則を州にまで及ぼした一九六一年のマップ判決<sup>(25)</sup>と同一傾向をもつものである。マップ判決の影響はみられないとしても、ウィークス判決において確立されたアメリカ連邦裁判所における排除法則の影響がなかったとは、いい得ないであろう。それはともあれ、小数説とはいえ、わが国の最高裁判所の大法廷判決に、絶対的違法排除説があらわれたことは、特筆すべきことであらう。

昭和四十年代に入って、アメリカの排除法則の学問的輸入の効果が、地方裁判所の判例に顕著に現れてくる。昭和四四年六月三日の金沢地裁七尾支部判決<sup>(26)</sup>（違法収集自白の排除）、昭和四五年二月二六日の東京地裁判決<sup>(27)</sup>（不当な別件逮捕、勾留による自白およびこれに基づく捜査による取得証拠の排除）、昭和四六年四月三〇日の横浜地裁判決<sup>(28)</sup>（違法な捜索押収手続に関連するすべての証拠の許容性否定）、昭和四六年五月一八日の秋田地裁判決<sup>(29)</sup>（違法拘束に続く逮捕手続の排除）、同年五月一五日の大阪地裁判決<sup>(30)</sup>（不当な別件逮捕およびこれによって取得された証拠の不許容）、昭和四七年七月一八日大阪地裁決定<sup>(31)</sup>（違法取得資料により認定した現行犯逮捕の排除）などの判決を支配する絶対的違法排除主義が、アメリカ連邦最高裁判所によって確立された排除法則の強い影響下にあることは、容易に知りうるであろう。特に、毒樹の果実主義の法則の影響が地方裁判所の裁判官に及びつつあることは、否定できないところであらう。

右のような絶対的違法排除説に従う判決の中には、事実認定とその法的判断の妥当性を欠くという理由で破棄されたものがあることは、注目してよいと思われる。また、虚偽排除説をとる最高裁判所の判例に変更がない限り、地方裁判所の判決の傾向が違法排除説であることを以て、直ちに今日の判例の傾向を違法排除であるとするのは、いい過ぎであろう。しかしながら、前掲の最高裁大法廷判決における小谷、河村両裁判官の少数意見によって主張された「絶対的違法排除説」が下級審の傾向に先例的根拠としての働きをもつことを見逃すことはできないのではなからうか。

問題は、憲法上の権利の放棄の許容性について、最高裁判所の裁判官の間において、これを認める説と認めない説とが対立してはいるが、その多数意見は、権利放棄許容説をとっていることである。このことは、適法な証拠調を経た後の違法収取証拠を許容する法則の確立を保障することになる。そしてまた、このことは、理論的には違法排除（憲法違反手続排除）を相対的地位に押し下げることを意味することになる。

(1) 大阪高裁昭和三十一年六月一九日判決（高裁判事裁判特報三卷一二号六三一頁）は、「……本件搜索差押は刑事訴訟法第二百二十条の規定に適合せず且つ令状によらない違法の搜索差押であるから憲法第三十五条に違反するものといわねばならない。従ってかかる違法の手続によって押収された本件麻薬、その搜索差押調査は証拠としてこれを利用することは禁止せられるものと解する。もし、違法に押収せられた物件も適法な証拠調を経たときは証拠として利用できると解するならば、憲法の保障は有名無実になってしまうであろう。……」と述べ、「原判決の判示の事実（昭和三十年十月十一日被告人自宅における麻薬ヘロインの所持）は、被告人の自白と麻薬取締官作成の……搜索差押調査及び右麻薬を鑑定した厚生技官……作成の……鑑定書を補強証拠として認定せられている。しかし、右の補強証拠はいづれも違法な搜索差押手続によるものである

から証拠として利用することはできない。」と述べ、憲法違反の搜索差押の結果取得された押収物件、搜索差押調書はいうまでもなく、押収物件に対する鑑定書等の各証拠の許容性を否定している。

この判決がなされた事件の事実関係は、次のようである。「麻薬取締官が職務質問により麻薬へロイン一袋約五グラムを所持していたMを逮捕した。Mは麻薬の入手先はAと自供した。取締官は、Aを緊急逮捕するためにMを同行させてA宅に赴いた。ところがAは在宅しなかった。MはAの長女と称する少女Iから麻薬を受取ったと供述したので、同女を尋問したところ、渡したことを自供した。取締官は、証拠隠滅のおそれがあるとして、家宅搜索を行なうため、当時十七才で商業高校二年に在学中であった右の少女に取締官が家の中を見てもよいかと尋ね、どうぞ見て頂戴との答を得てから、搜索し、階下六畳の間からへロイン一袋を、同じく表の間からMが麻薬を包んでいた雑誌の一片を切り除いた週刊朝日一冊を押収した。その後なお搜索を続行中にAが帰ってきたので、同人を緊急逮捕した。原審は、このてん末を記した搜索差押調書を、Aの麻薬所持の事実認定の証拠として採用した。これに対し、『右の搜索差押は、憲法三五条に違反し無効であるから、右の調査は証拠能力がない』として、控訴がなされた。」

この事件は上告され、昭和三六年六月七日大法廷判決は、右大阪高裁判決を破棄差戻をした。

しかしながら、この判決は、マクナブ・アプショウ法則の影響をうけていると思われ、違法排除説をとった注目すべき判決である。

- (2) 大審院明治三二年一月二七日判決(刑録五輯三八頁)「……仮令巡査力違法ニ本件ノ手帳ヲ押収シタルモ之レカ為メ其手帳カ証拠力ヲ失フヘキ理由ナキヲ以テ押収ノ違法アルト否トニ論ナク……右ノ手帳ヲ証拠トシテ採用シタルハ違法ニ非ス。」
- (3) 大審院明治四三年二月二一日判決(刑録一六輯二八三頁)「……物件ノ証拠力ハ其物件自体ニ存スルカ故ニ其押収手続ノ適法ナルト否トハ固ヨリ之ヲ左右スルモノニアラサレハナリ。」
- (4) 昭和二年六月九日最高裁大法廷判決(最高裁判集二巻七号六五八頁)、判決要旨「勾留状なくして、被告人を警察署に

留置した違法があったとしても、それがため、爾後の手続がすべて違法となるものではない。」

(5) 最高裁昭和二四年一月三日判決(最高裁判事判決特報二三号三七頁)「……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。其故裁判所の自由心証によってこれを罪証に供すると否とは其専権に属する。……訊問調書作成手続が違法の場合は其調書の証拠能力なしとする理論を援用して押収手続に違法ある場合の押収物件の証拠能力を否定しようとするけれども、それとこれとは事柄の性質が違ひ、訊問調書は供述を記載するのであり、供述は訊問手続によって導き出されるものであるから訊問手続の違法は供述の内容に影響を及ぼす虞があり、……しかし押収物の場合は押収手続に……違法があっ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からである。」

(6) 東京高裁昭和二五年三月九日判決(高裁判決特報一六号四一頁)「……押収品はその押収手続に違法の点があつてもその証拠能力には影響を及ぼさないと解すべきである(昭和二十四年十二月十三日最高裁判所第一小法廷参照)から、仮に原審の右物件に対する押収手続に所論のような違法があつたとしても、……これを証拠に供した……ことは違法でなく、……」(横領事件)。

(7) 福岡高裁宮崎支部昭和二八年四月八日判決(高裁判決特報二六号一〇四頁)「……その差押手続の違法とB券軍票の証拠能力とは別途に考慮すべき問題と解するから……B券軍票差押手続に違法があるとしても、他に特段の事由のない限り、……直ちにその差押物件の証拠能力までも否定し得ないものといわざるを得ない。」(関税法違反事件)。

(8) 仙台高裁秋田支部昭和二八年一月六日判決(高裁判決特報三五号九四頁)「……実際五月十五日に差押をしたにかかわらず同月十七日差押許可状により適法に差押したものと作為した……このような違法は差押えた物件そくものの証拠力に影響がないものと解すべきである……」(強盗殺人事件)。

(9) 東京高裁昭二八・一一・二五判決(高裁判決特報三九号一〇二頁)「……それが……令状によらない違法な押収であると仮定しても、それは押収手続が不法だというに止まり、直ちにその物の証拠能力に影響を及ぼすものとは解せられない。け

だし、その証拠としての収集の手續に違法な点があったからといってその物の形状、性質自体になんらの変化を生ずるといふわけのものでもないし、かかる違法を抑制するためにその物の証拠能力を否定しようというのは考え方として筋違いの感を免れないからである。」(麻薬取締法違反事件)。

(10) 東京高裁昭和二五年二月二一日判決(高裁判決特報一六号一四二頁)は、「……本件臨検捜索差押許可状には臨検すべき場所捜索すべき身体又は物件として横浜市鶴見区末吉町五六八の被疑者方と表示し……している。横浜市鶴見区には単に末吉町なる町名は存在しない……が、これを以て直ちに憲法の要求する捜索すべき場所の表示の欠けたものとは謂い難く、……」と述べている。

(11) 最高裁昭和二七年三月一九日判決(最高裁判集六卷三号五〇二頁)は、捜索押収令状の捜索場所の誤記は、現実に捜索押収した場所が正当の場所である限り、その捜索押収を違法としないとし、次のようにいう。「……裁判官Tが……発した本件捜索押収令状の記載には、……「安芸郡海田市町薬師町宗像H雄方土蔵」とある……が、薬師町における……は宗像S雄であり、……宗像H雄なる者は同町にはいないのであるから、令状に「宗像H雄」とあるのは、明らかに「宗像S雄」の誤記であると認めることができる。それゆえ、令状の捜索すべき場所は、……宗像S雄方土蔵であり、現実に捜索押収した場所もこれに合致している。従つて本件令状による捜索押収は適法であつて、……憲法の解釈を誤つた違法はなく……」(酒税法違反被告事件)。

(12) 前掲、昭和三六年六月七日最高裁大法廷判決の垂水克己裁判官の補足意見は、違法な手段方法によつて入手された証拠を犯罪事実認定の資料に供することができるかという問題について、「重大顯著に違法な手段によつて入手された証拠を一資料としてなされた有罪判決は条理上破棄されなければならないと解する……しかし、……軽い違法手段によつて入手した証拠を罪証に供した判決は破棄されるべきかぎりでない。……証拠能力はあるといえる。」

(13) 最高裁昭和二七年二月二一日判決(最高裁判集六卷二号二六六頁)は、強姦致死窃盜被告事件に関する判決理由の中で、捜索押収令状の捜索場所の表示の誤記の違法は証拠排除の理由にならないとして次のように述べる。「……仮りに……押収

手続に右のごとき違法があるとしても、該押収物について裁判所が適法に証拠調をした以上はこれを証拠とすることのできることは、当然である……。」

(14) 東京高裁昭和二八年五月一九日判決（高裁判決特報三八号一〇四頁）「……原審が罪証に供した……逮捕手続書及び差押調書は原審第二回公判廷において……被告人及び弁護人がこれを証拠とすることに同意し、異議なく適法な証拠調を経たものであり、……逮捕手続の違法であったかどうかにかかわらず証拠能力を有するものであって、……」（銃砲刀剣類等所持取締令違反、火薬取締法違反事件）。

最高裁昭和三一年六月二一日決定（最高裁判集一〇巻六号八六〇頁）「……証拠物件が……Kに対する別件で差押えられたものを被告人に対する本件で証拠として提出されたものであるとしても、……異議なく証拠調いなされたことが認められる以上、これを事実認定の資料とすることを妨げるものではない……」（覚せい剤取締法違反事件）。

(15) 本誌四巻一四〇頁以下および四三頁の注(1)、(2)、(4)、参照。

(16) 本誌四巻一四〇頁および四六頁の注(7)参照。

(17) 本号五頁注(1)参照。

(18) 本号六頁注(2)参照。

(19) 前掲注(1)大阪高裁昭和三一年六月一九日判決。この判決では憲法違反の手続を排除し、これによって得られたものの証拠不許容を強調し、違法取得証拠の適法証拠調後の許容法則を否定している。

(20) 昭和三六年六月七日最高裁大法廷判決（最高裁判集一五巻六号九一五頁）横田喜三郎裁判官の意見は、違法な手続によって収集された証拠について、「証拠物の証拠能力は、本来ならば、証拠物そのもの自体によって判断すべきで、その物を収集した手続が適法であるか違法であるかによって判断すべきではない。……証拠物そのものについては、それ自体として証拠能力をもつならば、それを認めるのが当然であって、それを収集した手続のいかんによって、証拠能力を動かすべきではない。……もつとも、……違法な手続によって、重大な権利が侵害され、重大な弊害が生じるような場合には、これをいっ

そう強力に防止するために、とくに嚴重な規定を設けられることがある。このような場合には、違法な手続によって収集された証拠物の証拠能力を否定することもありうる。憲法第三五条……を侵害するような違法な手続によって証拠物が収集された場合は、たんに違法な手続をとった者を処分するだけでなく、収集された証拠物の証拠能力を否定することが必要であり、実際においてそれが憲法の規定の趣旨であると解される。」

(21) 最高裁昭和三十六年六月七日大法廷判決(最高裁判集一五卷六号九一五頁)は、「司法警察員の職務を行う麻薬取締官が麻薬不法譲渡罪の被疑者を緊急逮捕すべくその自宅に赴いたところ、被疑者が他出中であつたが、帰宅次第逮捕する態勢をもつて同人家の搜索を開始し、麻薬を押し、搜索の殆んど終る頃帰宅した同人を適法に緊急逮捕した本件の場合の如く、搜索差押が緊急逮捕に先行したとはいへ、時間的にはこれに接し、場所的にも逮捕の現場でなされたものであるときは、その搜索差押を違憲違法とすべき理由はない。」と説示している。また、「右麻薬取締官作成の右搜索差押調書および搜索差押にかかる右麻薬に対する鑑定書につき、被告人および弁護人が第一審公判廷において、これを証拠とすることに同意し、異議なく適法な証拠調を経たときは、右書面は、搜索差押手続の違法であつたかどうかにかかわらず証拠能力を有する。」(麻薬取締法違反被告事件、破棄差戻、一審大阪地裁、二審大阪高裁)

(22) 昭和三十六年六月七日最高裁大法廷判決(最高裁判集一五卷六号九一五頁)藤田八郎裁判官および奥野健一裁判官の意見は、違憲の手続により収集された物件の証拠能力が認められるかについて、「たとえ搜索差押の手続が違憲違法であつても押収物件自体の性質、形状に変異を来す筈がないから証拠たる価値に変わりはないとの判例(昭和二十四年一月一三日最高裁判決)もあるが、……これには賛同し難い。けだし、搜索差押は犯罪の証拠の収集のため行なわれるものであつて、憲法三五条は、これに対する国民の住居、書類及び所持品についての安全を保障したものである。従つて同条に違反して収集された物件が、たとえその手続が違憲であつてもなお犯罪認定の証拠とすることが許されるものとすれば、右憲法の保障は空文に帰するからである。捜査機関に対するその違反の制裁が他にあるからといって、かかる違憲な手続によって収集された物件に証拠能力を与える根拠とはなり得ない。違憲違法な手続によって収集された物件が証拠として利用することが許されない



以上、当該搜索押収の手続を証する書類である搜索差押調書及びその押収物件に関する鑑定書もまた証拠として利用することは許されないものと解さなければならぬ。しかし、……憲法三五条の保障の如きは被告人において必ずしもこれを放棄することを許さないものと解すべき根拠はなく、……証拠とすることに被告人が同意し……ような場合においてはその証拠能力を否定すべき限りではない。」と述べている。

(23) 昭和三十六年六月七日最高裁大法廷判決(最高裁判集一五巻六号九一五頁)小谷勝重裁判官および河村大助裁判官の少数意見は、違法収集手続により作成された搜索差押調書の証拠能力を否定し、その理由として、「法は公正な手続に基いて実体的真実の追求を許しているものであって、人権の保障は、まさに公正な手続の核心をなすものだからである。」としている。また、「憲法三五条に違反する搜索押収及びこれに収集された押収物に関し作成された証拠書類については、たとえ被告人側の同意があつたとしても、これを証拠とすることは許されないものと解すべきである。また……違法な証拠の証拠能力を否定することは、国家権力の公正な発動を担保するためにも重要な意味をもつものであって、憲法に違反する証拠取収の弊害を防止することも考慮するの要あること勿論である。」

(24) 前掲「英米における学説・判例の動向」の②「アメリカ」の項参照(本号二二頁以下)。

(25) 前掲、本号三二頁の注(13)参照。

(26) 金沢地裁七尾支部昭和四四年六月三日判決(刑事裁判月報一巻六号六五七頁)は、「憲法三三条及び三四条の規定を実質的に保障……せんためには、憲法の右各規定に違背する重大な瑕疵を有する手続において収集された自由については、証拠収集の利益は適正手続の要請の前に一步限りぞけられ、その証拠能力を否定されるべきものと解さなければならぬ」とし、「第一次逮捕・勾留中に作成された……被告人の司法警察員に対する供述調書」および「これらを証拠資料とした第二次逮捕・勾留中に作成された被告人の司法警察員に対する供述調書」一通、被告人の司法警察員に対する供述を録取した録音テープ一巻、被告人の検察官に対する供述調書一通、被告人の裁判官に対する陳述調書」は、「いずれも憲法三三条、三四条の規定に違背する重大な瑕疵を有する手続において収集された自由であつて証拠能力を有さないものと言わなければならぬ

い。」とする。この判決もまた、毒樹の果実法則に従うものと思われる。

(27) 東京地裁昭和四五年二月二六日判決（刑事裁判月報二巻二号一三七頁、判例時報五九一号三〇頁・特に四七頁）は、「……このような違法、不当な別件逮捕・勾留を抑制し、目的のためには手段を選ばないというような捜査方法は現行法のもとにおいて許されないことを明らかにし、憲法および刑事訴訟法における公正な手続の保障という法の精神を貫くためには、本件において、別件勾留による拘束期間中に収集された自白調書はもろんのこと第二次の逮捕・勾留以後に作成された自白調書を含め、これら一連の自白調書全部は、……全体として違法、不当な捜査権の行使によって獲得された証拠として許容すべきでないと考える。……」と述べ、アメリカ連邦裁判所の「毒樹の果実」の法則と同じ考え方をとっている。

なお、大阪地裁昭和四六年五月一日判決（本誌四巻一号三四頁の注（3）参照）も同一の傾向を示すものである。但し大阪高裁昭和四七年七月一七日判決で、破棄差戻となった。

(28) 横浜地裁昭和四六年四月三〇日判決（判例時報六三六号九七頁）は、爆発物取締罰則違反で起訴された被告に対し、時限爆弾の搜索押収の手續が違法であるという理由で、搜索押収関係のすべての証拠の許容性を否定し、次のように述べている。

「……憲法三五条の令状主義に違反するような重大な違法がある場合には、その搜索差押処分が、憲法に違反するために無効であり、本来証拠として獲得されなかつたものであるから、……証拠とすることが許されない。……搜索差押手續に憲法三五条違反という重大な違法が存在する場合、その手續によって得られた証拠を刑事裁判において有罪認定の資料に用いることは、憲法三一条の定める適正手續に違反することになる。……その手續が憲法三五条の定める令状主義に違反する場合は、事案の特殊性、重大性等を違法性の程度判断の際の考慮にいれるのは、正当でない。」

右の横浜地裁判決は、控訴審において捜査行為に対する法律的判断を誤つたものとして破棄された。

(29) 秋田地裁昭和四六年五月一八日決定（判例時報六四〇号一〇四頁）は、別件の勾留が取り消され、その決定が検察官に告知された後、検察官が本件についての逮捕状の発付を得て被疑者をあらためて逮捕したが、その間に二時間五〇分の時間

の経過があった事件について、再逮捕のための意図された違法拘束を認定して、次のようにいう。

「……検察官の意図が前者の違法状態を利用して後者の逮捕を實行しようとするものである以上、前者の違法はすべからく後者の逮捕行為にも重大な関連を有し、……結局、被疑者に対する違法な身柄拘束の違法性はその後の逮捕手続をも違法ならしめるものと断定せざるを得ない。」

(30) 本誌四卷一三四頁の注(3) 参照。

(31) 大阪地裁昭和四七年七月一八日決定(判例時報六八九号一二〇頁)は、警察官が職務質問権限の限界を越えてした被疑者の身体捜検によるナイフの押収を違法な差押と判断し、「従って本件においては違法な差押えによって銃砲刀剣類所持等取締法二二条違反の現行犯であると判明したというべく、かような違法な差押えによって得た資料によって現行犯であると認定し逮捕することは違法である(本件を現行犯であると認定するにいたる重要な過程に瑕疵がある。)」と説示している。これは、違法な犯人逮捕手続に基づく捜査機関側の行為を違法として排除する法理によつたものと思われる。

(32) 昭和三六年六月七日最高裁大法廷判決の多数意見における藤田八郎・奥野健一の兩裁判官による補足意見(前掲注(22)) 参照。

(33) 前掲最高裁大法廷判決の小数意見(前掲注(23)) 参照。

(2) 学説の概観 違法手続により取得された供述の証拠排除に関する学説については、前号において述べたから、ここでは、違法収取物の証拠排除の限界の問題および違法収取供述に基づく収取証拠の許容性の問題に限定して、記述することとする。

わが国における違法に収取された非供述証拠の許容性の限界についての学説は、一般的許容説、相対的許容説、相対的排除説および一般的排除説に大別しうる。

わが国の刑事訴訟法が規定する証拠禁止は、<sup>(1)</sup> 自由および伝聞に関するものであるが、その理論的根拠について従来から、虚偽排除説と人権擁護説とが唱えられてきたが、最近に至ってアメリカの判例の影響から、違法排除説が流行するに至ったことは、衆知の通りである。しかしながら、わが国において唱えられる違法排除説は、一般的もしくは絶対的な違法排除ではなく、「違法の程度」もしくは「排除に足る違法」の観念を導入したり、<sup>(2)</sup> あるいは「保護の適格と必要」という利益衡量の観念を導入して、<sup>(3)</sup> 多少の差こそあれ、排除されるべき違法に限界を設けている。このことは、前者が虚偽排除説から脱却せず、また後者が人権擁護説の基盤の上にあるものであることを、物語るであろう。

一般的許容説は、大審院および初期の最高裁判所の判例にみられるが、現行憲法下における学説としては、かつて少数の学者がこれを採用したにすぎない。<sup>(4)</sup> この説は、実体法的違法は実体法の分野で決着をつけるべきであって、刑事訴訟における真実発見のための手続法にまで干渉すべきでないとするものである。いいかえれば、違法手続で収取した物件であっても、そのもつ証明力には変化がないから、それが真実を証明するものである限り、証拠としてさしつかえないと主張するものである。

この説は、証拠排除についての虚偽排除説に立つから、憲法を侵犯する手続で取得した供述に基いて収取した物件により犯罪証明が成立するものであれば、違憲手続で取得した供述も、これによって収取した物件も、ともに証拠能力を有するとして許容されると解している。それ故、この説をとる限り、国家が保障した憲法上の人権保障条項を国家が自から破棄するという現象が生ずるのを是認することになる。このこと自体が憲法第九九条（公務員の

憲法尊重擁護義務）に違反することはいうまでもない。虚偽排除説に立つ最高裁判所も、早くから一般的許容説を棄て、憲法違反手続排除を原則とする相対的許容説を採用に至っている。従って、今日一般的許容説をとるものは見当らない。

相対的許容説は、虚偽排除説の立場を維持しながら、憲法違反の手続によって取得した証拠の排除を認める説である。この説では、憲法が保障する国民の権利は放棄しうるものであり、これを有する者が主張しない限りその効果も与えられないものであるから、押収捜索の拒否権、証言拒否権も、これらの処分または取調をうける者が、拒否権を主張しないか、または主張しても結局供述を余儀なくさせられた場合は、たとえ憲法の保障条項を侵害する手続で取得された供述もしくは物件であっても、証拠能力を有するとする。適法な証拠調を経た以上は憲法違反手続により取得された証拠も許容されるとする説は、まさに相対的許容説に立つものである。また、相対的許容説では、公正な訴訟手続によって保証される利益と証拠に用いる必要性との均衡等の考慮を、虚偽排除の立場においてするを要するものとしていると思われる。（均衡考慮説の一）。

この説は、虚偽排除の立場から憲法違反排除を考慮するから、憲法上の権利についても積極的な権利行使がない限り権利放棄を認定し、国家（国家機関）の人権保障の責任を解除する。その結果、憲法に人権保障のため置かれた諸条項および公務員の憲法尊重擁護義務を規定した条項をも、空洞化してしまうことになる。したがって、右のような虚偽排除説に基づく一般的許容説および相対的許容説を批判することから、人権擁護説もしくは違法排除説に立脚しての相対的排除説もしくは一般的排除説が唱えられるに至るのである。

相対的排除説は、相対的許容説が虚偽排除の立場から証拠許容に重点を置いた主張をするのと異なり、人権擁護の立場から証拠排除の面を強調するものである。そして、証拠排除の範囲およびその決定方法を基準にして、相対的排除説は、さらに、憲法違反手続排除説、重要違法手続排除説、排除違法利益衡量説および排除違法個別審査説に分類することができるであろう。

憲法違反手続排除説は、人権擁護説と虚偽排除説の両者の立場に立脚するものと解される。憲法の要請する手続そのものに違反して得られたものは排除すべきものであるが、そうでない手続上の違反により取得されたものの許容は認められるとするものである。<sup>(6)(7)(8)(9)(10)</sup>

重要違法手続排除説は、違法の範囲を必ずしも直接の憲法違反に限定しない。憲法侵犯手続によって取得された証拠にもとづいて発見、収取された証拠をも排除するを要すると主張する。<sup>(11)(12)</sup> その限りでは違法排除、毒樹の果実主義に基づくと解されるが、アメリカの排除法則には及ばないと思われる。侵害された法益や侵害の方法が軽微な場合には、証拠排除を要しないと解する点<sup>(13)</sup>では、実体的真実主義との調和を忘れてはいない。ただ、排除すべき違法の認定方法および侵害法益・方法の重軽を決定する基準を明らかにしていないのが欠点であろう。そこで、排除違法の認定方法を明確にする学説があらわれることになる。

排除すべき違法の範囲を決定する方法を提示する学説に、排除違法についての利益衡量説と、個別審査説とがある。共に、違法排除説に立脚しながらも、人権擁護説および虚偽排除説の要請との調和を図らんとするものと思われる。(均衡考慮説の二)。

排除違法についての利益衡量説は、証拠排除の理由となる手続の違法の範囲を、排除により保護される利益（捜査における法定手続の確保）と許容により得られる利益（真実発見という訴訟目的）との比較衡量によって決定すべきものとし、かつ前者の利益は後者の利益に優越すると説くものである。従って、この説は、違法排除説に外ならぬが、捜査におけるプライバシーの権利の放棄を認めるから、この権利の放棄が認定されることにより、証拠許容の利益が証拠排除の利益に優越することになり、形式的には違法手続によるものであっても証拠の許容性を認めることになる。<sup>(14)</sup>

排除違法についての個別審査説は、排除すべき違法が何であるかは、手続の違法の性質・程度と証拠禁止の根拠とを比較して、総合的に考えて、具体的個々の事例について検討するを要するものである。この説においては、手続が犯罪行為となる場合や憲法侵犯となる場合には、そのことだけで取得証拠は排除されるが、刑事訴訟法違反の違法については、「排除に足る違法」かどうかにより判断すべきものと説く。<sup>(15)</sup> 「排除に足る違法」が如何なるものであるかは、判断基準が明確でない。しかし個別審査説をとられる団藤博士によれば、その判断基準として、① 将来に向っての弊害防止という政策的考慮、② 当の事件そのものの解決の妥当性の考慮、③ 無効な押収による証拠物の排除、の三個の基準が提出されている。

排除違法についての個別審査説は、違法排除説に立ちながらも、虚偽排除説および人権擁護説の要請との調和を目指して、個人の保護と社会の保護とのバランスの問題を考慮している度合の強さにおいて、利益衡量説に比して、違法排除説の実質を弱めているように思われる。

一般的排除説は、違法な（適法でない）手段による取得証拠は一般的に排除すべきものと主張する学説である。実体的真実の発見は公正な手続によってのみなされるを要するが、このことは、法の実現者としての裁判所に、違法行為の果実を示してその認定を求めることそのこと自体が論理的に矛盾するということに根拠を求めている。<sup>(17)</sup>

この説は、例外を認めない違法排除説であると思われる。そして、この説からの結論は、アメリカの連邦排除法則の全面的是認に連らなるであろう。

(1) 刑事訴訟法三一九条および三二〇条。

(2) 光藤景皎「違法収集の証拠」(刑事訴訟法講座②)二五二頁—二五四頁は、違法収集証拠の許容性の範囲について論じ、「いかなる証拠が排除されるべきかは、その手続の違法の性質・程度・証拠を禁止する根拠とを比較して具体的個々の事例について検討しなければならないことはいまでもない。」という。そして、「刑法の構成要件にあてはまるような違法行為」「憲法の規定に違反するような違法」が証拠収集手続にある場合には、「そのこと自体によって、得られた証拠は排除される。」が、「刑事訴訟法の規定に違反するような違法があった場合」については、「排除に足る違法」といい得るかどうかによって判断しなければならないとする。すなわち、憲法、刑事訴訟法にてらして「捜索・押収が無効であるときは、その結果として取得された物の証拠能力を否定すべきである」し、「違法に押収された物に基づいて発見された物も証拠能力を否定すべきだと考える。」と説いている。

(3) 田宮裕「違法収集の証拠」(判例演習講座「刑事訴訟法」)二四二頁—二四三頁は、「証拠禁止の場合には、真実発見という訴訟目的に即応するものではなく、むしろ、それ以外の目的と訴訟目的が衝突し、訴訟の方が譲歩する場合である。それ以外の目的というのは、……訴訟で理非をはっきりさせるといふことよりも優越する利益であり(保護の適格)、その保護が絶対必要でなければならない。したがって、違法収集証拠の場合も、右の保護の適格と必要が訴訟目的よりも優越するものと



して存在するかが確認されなければならないことになる。そして、排除説によれば、保護の適格は捜査におけるデュープロスということであり、保護の必要性はデュープロス担保のための他の手段の無効性ということなのである。」と論じ、「捜索・押収に対するプライバシーの権利の放棄は可能であるから」真意にでた同意があれば「証拠の許容性がある」とする。

(4) 田中和夫「証拠法」増補版二二二頁は、違法収取証拠の許容性を認め、「不法な捜索及び押収に対しては、別の手続によって救済を求むべきであって、不法な行為をした者を罰するために、当該刑事訴訟における真実の発見を阻止すべきではない。」とする。

もっとも、新版証拠法二四二頁においては、田中教授は右の説を改めて、「憲法に違反する重大な違法手続で収取された物の証拠能力を否定する」説をとっている。

(5) 青柳文雄「全訂刑事訴訟法通論」上巻二六三頁以下は、証拠禁止を一括して証拠能力と対立させることに疑問を提出し、「……結局誤った証明力を与える虞が強いが弱いのか、黙秘権等公正な訴訟等の理由から来るものについて、それによって保障される利益と証拠を用うる必要との均衡等を考慮して場合を分けて考えるべきであり、……一とし、さらに黙秘権の不告知の効果についても「元来黙秘権は一つの特権であって、これを有する者において主張しない限り、その効果もまた与えられないものであり、……その不告知がその供述を証拠に用うることを禁止する程の強い意義があるとは思われない。」という。さらに、「自己に不利益な供述を証人として拒否できる旨の法一四六条にかかわらず結局供述を余儀なくされた証言の証拠能力についても、それが証拠とすることを禁止されるとまでは考えない。」「その他の押収捜索の拒否権、証言拒否権の場合にも、これらの処分又は取調に対して、これを受ける者がその特権を主張しなかったとすれば、これによって得た物又は供述を証拠とすることができることは疑ない。その特権を主張したのかかわらず、供述を余儀なくさせられたという場合は、結局その特権を抛棄したものと解し、証拠能力に影響しない。押収物については、これらの処分に対して不服申立ができるからこの手続をとらない以上証拠能力ありと解する。」と説く。

(6) 小野清一郎「新刑訴における証拠の理論」刑法雜誌五卷三三七頁は、「憲法三五条に違反して、現行犯でもないのに令状なしに住居を搜索して押収した物を、証拠物として取り調べること……これは重大な法令の違反であるから、裁判所はその証拠を許容してはならないとおもふ。」と述べている。

(7) 高田卓爾「刑事訴訟法」(現代法律学全集)二〇二頁は、「押収・搜索の手續上の單純な瑕疵があつたにすぎない場合は別として、……憲法の要請する手續そのものに違反して得られたものは、眞実発見の手段としての資格を剝奪するのが論理的であると思われる。また、憲法および刑事訴訟法のもつ教育的任務という観点から、かような証拠の証拠能力を否定することは、公権力の公正な発動を担保する上で重要な意味をもつ。……およそ令状主義の根本趣旨に違反して得られた証拠は、証拠能力を否定すべきものと考える。」と述べている。

(8) 齊藤朔郎「証拠収集手續の違法と証拠能力の關係」法曹時報六卷九号二七頁は、「わが憲法と刑事訴訟法の下においては、令状の全然ない搜索や押収の行なわれることは、法の全く予想しないことである。……その証拠禁止は、刑事訴訟法に直接の明文がなくとも、……それ以外の方法で収集せられた証拠を……利用することは、国民の総意によって国家に加えられた制限を、国家自らの考えで解除することにもなり、正しいこととはいえないのでないか。故に、私は、特別の例外の場合に当らない一般の場合において、令状の全然ない搜索や押収の手續によつて、収集せられた証拠の証拠能力は、これを否定すべきものと考える。」という。

(9) 青木英五郎「証拠能力の制限に関するその他の問題」法律実務講座九卷一九七〇頁は、「……令状なくして搜索・押収のできる場合以外の令状のない搜索・押収または令状に記載せられない物件についてなされた押収に基く証拠、不法逮捕に際して得られた証拠などが禁止さるべきは勿論であるが、その写及びそれらの証拠に関する証言(証拠に代る)も禁止さるべきであろう。……最初に違法な搜索・押収を行なつた後で、これを適法化するために令状を待つて証拠とすることは許されない。」とする。

(10) 中武靖夫「違法に押収された物の証拠能力」法律学演習講座「刑事訴訟法」二八四頁は、「違法に押収された物は証拠能

力を持たない。これが原則である。しかし押収手続のあらゆる違法性が、押収物の証拠能力を全面的に排除するとするものゆきすぎである。手続法の合目的性の要求も、これを無視する事はできない。……少くとも、押収手続が適正に定められた現行法の基本原理となっている重要な規定、特に、個人の権利、自由を保障する条項に違反した場合には押収物の証拠能力は排除しなければならぬであろう。従って、令状のない押収物、押収拒絶権を侵害して得た押収物は証拠能力を持たないが、所謂訓示規定と解されている諸条項に違反した場合は、そこまでゆく必要はないであろう。」という。

(11) 江家義男「違法に収集した証拠の許容性」(刑法雑誌二卷三三) 七一頁―七二頁は、憲法の規定のみによって違法収集証拠の許容性を決定し得ないが、「憲法の規定を十分に担保するためには、連邦法則に近いところの法則が必要であると考えられる。」という。

(12) 江家義男「違法に収集した証拠の許容性」(刑法雑誌二卷三三) 六五頁の注(一)において、「……任意性のない自白を二つに分け、強制による自白である場合は、自白が証拠能力を有しないばかりでなく、その自白に基づいて発見された事実も証拠能力を有しないが、約束による自白である場合は、後に自白に基づいて発見された事実によってその真实性が確認されたときは、その自白と共に、それに基づいて発見された事実も証拠能力を有するものと解したい。」と述べている。

(13) 渥美東洋「違法に収集された証拠の証拠能力」(法学新報六九卷九号) 五三頁―五四頁は、「憲法第三八条二項を、自白採取に関する違法な行為を排除する担保規定」と解し、この規定および刑事訴訟法三一九条を、「憲法違反の挿査活動によって得られた証拠」を排除する実定法上の根拠と解している。そして、「違法な捜査活動によって収集された証拠にもついで、さらに発見、収集された証拠は」、「違法な捜査活動を刑事司法から閉め出そうという要求を貫徹しようとする以上、自白についての場合と同様に、後に得られた証拠の採取が、違法な捜査活動と因果関係に立たぬ場合に限って、後に収集された証拠を許容すべきであると解する。」また、「憲法違反以外の訴訟法規違反の捜査活動による収集証拠の排除」は、「憲法違反の行為に限定する必要はない」が、「侵害された法益や侵害の方法が軽微な増含を全て包含すると解する必要もない」と解している。

(14) 田宮裕「前掲論文」二四二頁―二四三頁〔前掲注(3)に引用〕を参照。

(15) 光藤景皎「前掲論文」二五二頁―二五四頁〔前掲注(2)に引用〕を参照。

(16) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要七訂版二七二頁以下「証拠の収集の方法が違法であったばあいにはそれがどこまでその証拠の証拠能力に影響を及ぼすかは、……違法な収集の弊害を防止する趣旨をも総合的に考えて、個々のばあいに解決しなければならぬ問題である(個人の保護と社会の保護とのバランスの問題である)。第一に将来にむかっつての弊害防止という政策的考慮が必要である。……違法な捜査を抑制するためには、違法収集証拠の証拠能力の否定がもっとも手っ取りばやい強力な方策である……しかし、かような方向をとるにしてもその限界について慎重な考慮が必要なのはちろんのこと、それだけが唯一の防止方法でない……。第二に、……当の事件そのものの解決の妥当性の考慮がやはり中心となるべきであろう。……第三に、……押収が無効なときは押収された証拠物はすぐ返還されるべきであつて、……改めて適法な押収がされないかぎり証拠能力がないとみるべきである。」

右と同じ書二七四頁「……違憲の押収・捜索によつて得られた証拠物は、違憲の抑留・拘禁中に得られた自白との同様に、証拠とならないものと解しなければならない。」

前掲注(2) 光藤景皎「違法収集の証拠」もまた、個別審査説をとる。

(17) 平野竜一・刑事訴訟法(法律学全集)二二九頁「……訴訟においては、ただ実体的真実を発見しさえすればよいのではなく、公正な手続によつてのみ、真実は発見されなければならない。また、証拠収集に際して行なわれる違法行為は、捜査機関が訴追・処罰に熱心のあまり行なわれるのが通常であるから、その証拠を排除することによつて、最も有効に、違法行為を防止することができる。……したがつて、違法に取得された証拠は、証拠能力がないと解すべきである。とくに、憲法第三五条の押収捜索の規定は、その反面として、証拠能力を否定する趣旨と解される。その他、刑事訴訟法の規定にてらして、押収捜索が無効であるときは、その結果として取得された物の証拠能力を否定すべきである。その範囲は、押収された物だけでなく、これに基いて発見された物にも及ぶと解しなければならない。」

(18) 平場安治・改訂刑事訴訟法講義一七八頁「およそ法の実現者たる裁判所に対し、違法行為のもたらす事実を提示しその認定を求め、保護を要求することは論理的にも矛盾である。従って違法な(適法ではない)手段により取得した証拠は証拠とすることが禁止せられるものと解する。」

#### 四 私 見

##### (1) 違法手続により取得された供述の証拠排除の限界

わが国の刑事訴訟法は、違法取得供述の証拠排除を一般的に認める規定を有しない。自由についても、強制、拷問又は脅迫による自由、不当に長く抑留又は拘禁された後の自由その他任意にされたものでない疑のある自由について証拠の許容性を否定しているにすぎない。そこで、違法取得供述の証拠排除の限界をみるためには、憲法の諸条項およびその精神に根拠を置く必要があるであろう。

まず、国家権力を行使する公務員が違法手続により取得した供述を証拠として、国家機関である裁判所が有罪の判決をなし得ないことは、憲法修三一条の法定手続の保障条項に照らし、明白であろう。しかし、無罪判決をする場合は、憲法第三一条の規定は関係がないから、違法取得の供述を証拠としても、法定手続の保障の面からは、さしつかえないことになるとの解釈も可能であろう。ただ、法の実現者である裁判所に違法行為の結果としての事実を提出し認定を求めることを許容しうることには論理的矛盾があるし、<sup>(1)</sup>公務員の違法手続を排除しかつ予防する<sup>(2)</sup>という政策的立場からも、無罪の証拠だから違法手続による取得が認められるということにはならないであろうから、問題は残るといわねばならない。

憲法第三十一条は、その文言および内容からして、国家が国民に対して法定手続の保障をしたものであり、国家機関に対して法定手続の遵守の絶対的義務づけをしたものと解すべきものであって、国民の権利を保障した規定ではない。それ故、法定手続の保障については、国民の側からの権利放棄はあり得ないと解すべきであろう。したがって、適正な手続によらない取調における供述については、裁判所は、手続の違法の程度、種類の如何にかかわらず、証拠排除すべきであろう。しかし手続の違法性判断にあたっては、実質的に法の究極の精神に合致するよう、諸般の事情が考慮に入れられなければならないであろう。すなわち、証拠取得手続が違法かどうかの判断は、具体的事件について各個別に諸般の事情を考慮しての総合的判断を以てすべきであろうが、それにより違法手続であるとの結論が得られた以上は、違法の程度にかかわらず証拠排除するのが国家機関の立場でなければならないとするのが、憲法第三十一条の法定手続の保障の帰結であろう。

次に、制定法に規定する手続を経てなされた場合でも、供述の強要が認定されるならば、その結果取得された供述者に不利益な供述は、証拠排除されなければならないであろう。国家は不利益な供述の強要をしない旨を法定しているからである（憲法第三十八条第一項は、国民の権利規定というよりは、国家の権力活動の制約規定と解すべきものだからである）。このことは、捜査機関の行きすぎを警告するための教育政策的議論からそうであるのではなく、憲法が規定するところがそうだからである。

また、憲法第三十八条第二項は、強制、拷問もしくは脅迫による自白、または不当長期抑留・拘禁後の自白の証拠排除を規定する。これらの自白取得行為は、基本的人権を侵害する違法行為であるから、その果実である自白を証

抛とすることを許さない趣旨であらう。

別件逮捕が違法であるかどうかは、具体的事件について具体的・客観的条件を考慮して各個別的に判断されるべきことであるが、違法な別件逮捕と認定されるならば、その逮捕に伴なう勾留も違法であり、違法な逮捕、勾留の下での取調も違法であり、その取調によって取得された供述は、憲法第三十一条の法定手続の保障条項を侵害するものであるから、国家機関である検察官は、これを証拠として裁判所に提出することを許されず、裁判所は、このような証拠の排除をする義務を負うものである。しかし、別件逮捕であるから直ちに違法とし、その果実である供述の排除を主張するのは、抽象的観念論であって、具体的客観的事実から眼をそらす誤を犯すものといふべきであらう。

(2) 違法取得供述に基いて取得された証拠物もしくは証人証言の証拠としての許容性の限界

違法取得供述は憲法修三一条（法定手続の保障）に違反するものであるから、これに基いて取得された証拠物もしくは証人証言もまた憲法違反の結果の果実として証拠排除すべきかどうかについては、証拠物もしくは証人証言の取得方法を具体的かつ個別的に検討して判断すべきであらう。たとえば、違法な別件逮捕・勾留中に殺人の自白があったので、聞込を実施し目撃証人を発見し、その証人の供述によって令状の発付を得て罪体を発見することができた場合に、このような証拠にまで逮捕・勾留の違法が及ぶと解すべきかどうかには、疑問があるであらう。この場合、殺人の自白については証拠排除されることはいうまでもない。しかし、目撃証人のことは証拠排除された殺人の自白には含まれておらず、従って、自白と目撃証人の発見とは関連性がないから、合法的に得られた目撃証

人の証言は、排除理由を有しない。それ故、その証人の供述によって法定手続を経て発見された証拠物は、証拠として許容されることになる<sup>(3)</sup>。(独立原由証拠許容の法則)。それでは、右の場合、殺人および死体の隠匿場所の自白があったとしよう。この自白に基いて死体が発見されたが、その外には殺人をしたとの事実を証明する証拠がない場合、自白およびその果実である罪体発見は、違法手続によるものであるから、証拠排除されるべきものであり、従って無罪となるであろう。この場合は、実体的にみても、真実の犯人であるか、または目撃証人であるかの区別がつかないことからいって、証拠不十分であるというべき場合である。ところが、右の場合、発見死体から犯人の遺留した体液が発見され、その血液型が自白者のそれと一致したり、被害者と自白者とが行動を共にしたことが立証されたりして、殺人事実に関する状況証拠が成立した場合には、これらの状況証拠は、自白の果実ではなく、独立原由証拠であるから、排除法則の適用はないと解すべきであろう。

それはそうとして、憲法第三三条を侵犯する逮捕および憲法第三四条を侵犯する抑留・拘禁の下にある人から取得した供述(証拠排除される供述)を疎明資料として搜索差押許可状を得て取得された証拠物件は、「正当な理由」に基いて発せられた令状による取得証拠といえるか<sup>(4)</sup>。正当な理由があるかどうかは、疎明資料に基いて判断されなければならないが、疎明資料が証拠排除されるべきものである場合には、令状は憲法第三五条の要件を欠くことになり、無効となっているといわねばならない。したがって、無効な令状による搜索差押物件として、証拠排除すべきものとなる。

上述したところから、証拠排除すべき違法取得供述が、捜査の端緒を与えたにすぎないか、あるいは捜査の端緒



に相当する部分を利用したにすぎない場合には、結果において取得された証拠物もしくは証言と、違法取得供述との間には、因果の必然関係は存在しないという結論を引き出すことができるであろう。それ故、具体的な個別審査により、違法取得供述と、それに示唆されてはいるが独自の適法捜査行為により取得された証言および証拠物件との間の相当因果関係の有無を認定することが必要となる。そして、独立原由証拠と認定される限り、証拠の許容性があるはずべきであろう。

ところが、違法取得供述の内容が、証拠物件もしくは証言の所在を明示するものである場合には、搜索押収手続そのものが令状主義を犯すものでないとしても（例えば国有地で何人の使用下にもない土地においての搜索押収には令状は不要、毒樹の果実として証拠排除されるべきものであろう）。

(1) 前掲、平場安治「前掲書」一七八頁参照。

(2) 前掲、平野竜一「前掲書」二二九頁参照。

(3) 青木英五郎「前掲論文」前掲書一九七〇頁は、憲法違反の手続により取得した証拠の禁止を説いた後で「但しこれらの証拠によって知り得た事実を、他の独立した証拠によって証明することは差支えないと解せられる。」と述べている。

(4) 勾留と疎明資料について、柏木千秋・別件逮捕の諸問題・前掲書六七八頁……「証拠能力のない供述を逮捕状請求の疎明資料として用いることは果して許されるであろうか。……たとえ疎明資料とはいえ、いやしくも人権を侵害するような違法な取調で得られた供述を用いることは適当でないこと、……押収・搜索・検証、参考人の供述など……で疎明資料を集めることができるしそれが捜査の本来の在り方であることなどを考慮するならば、右の供述は疎明資料にもなりえないものとするのが適当であろう。」

## 七、別件逮捕・勾留の事前抑制と事後抑制

## 一 学 説

別件逮捕・勾留の抑制に関する学説は、これを、事前抑制説、事後抑制説および抑制否定説とに大別し得る。事前抑制説は、さらに裁判官姿勢説と捜査機関姿勢説とに分ち得る。

裁判官は、逮捕状の発付に先立って逮捕の必要性の有無について実質的判断をする義務を負担すべきものであると解し、<sup>(1)</sup>裁判官に実質的抑制機能を認め、<sup>(2)</sup>その義務を忠実に果たすことを求めるのが、<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>裁判官姿勢説である。この説では、別件逮捕の事前抑制は、逮捕状の請求却下、勾留の取消または延長請求の却下もしくは第二次逮捕・勾留状の請求却下などにより、別件逮捕の事前抑制は、<sup>(5)</sup><sup>(6)</sup>実際のにも理論的にも可能であると主張する。

これに対し、裁判官は逮捕状請求事件について逮捕の要件が満たされているかどうかを判断すれば足りるから、<sup>(7)</sup>違法な別件逮捕・勾留をなくする最大の鍵は捜査機関の姿勢にあると主張する<sup>(8)</sup>のが、<sup>(8)</sup>捜査機関姿勢説である。

事前抑制説は、別件逮捕・勾留の事前抑制義務を裁判官もしくは捜査機関に負担させるものであるが、現実には、このような直接抑制を一般的に期待しても、その効果は疑わしい。裁判官への期待は、逮捕・勾留の必要性が明白である場合には意味もあろうが、捜査機関への期待は、恐らくは無意味ではなからうか。

そこで、事後抑制説が生れる。この説は、違法な別件逮捕・勾留であることを事前に裁判官が認定することは、実際には困難であるから、事後的に裁判による捜査の抑制が考えられるべきであり、その方法は、別件勾留中に得

られた供述の証拠排除の問題としてとらえるべきであるとの主張である。<sup>(9)</sup>この主張は、真実の発見よりも手続の公正を重視するもので、このことは、憲法第三十一条の法定手続の保障を根拠とする。<sup>(11)</sup>

抑制否定説は、科学的証拠により証明しうる範囲には本質的制約があるから、被疑者からの供述証拠を欠くことができないことを根拠にして、別件逮捕の警察捜査における地位の高まりを認めるものである。<sup>(12)</sup>

(1) 熊本典道「別件逮捕に対する制裁」判例時報五七七号一〇頁三段……「捜査官は、『犯罪及び犯人の迅速な発見』と『確実な証拠の蒐集』という国法的、訴訟法的義務を負っている。……犯人の発見という目的のために、能率的、効果的な方法があるとしたならば、それを最大限に利用しようとするのは、自然の要求である。そこで、……ただ、捜査官の自己抑制のみに期待することは危険で、意味がない。憲法三三条は、身柄に関する強制処分について令状主義を採用したのであるが、これは、具体的な捜査ごとに、身柄の拘束を許すべきか否かを、審査し決定する権利と義務を裁判官に認めたものにほかならない。しかも、その趣旨は、さらに、裁判官が捜査官の見地ではなく、捜査権の行使を批判するという見地に立って審査を行うことを要求しているのである。』

(2) 団藤重光「新刑事訴訟法綱要」七訂版三三五頁「裁判官が逮捕状を発するには、相当の嫌疑の有無の判断のほか、逮捕の必要性の有無の判断をもするべきであり、もし、あきらかに逮捕の必要がないとみとめるときは、逮捕状を発すべきではない……：……憲法の令状主義は、裁判官に実質的な抑制の機能をみとめる趣旨であって、かように裁判官に必要性の判断をもたせることはその趣旨にそうものである。』

(3) 川原誠「別件逮捕・勾留の事前抑制試論」法律時報四二巻一一号二一五頁—二一六頁は、東十条事件、蛸島事件、麻布事件における別件逮捕における被疑事実を検討した後、次のように論ずる。「以上三件の検討をとおして浮かびあがってくるのは、まず最初に、第一次逮捕・勾留の基礎とされた被疑事実が、いづれもごく軽微な事実であって、通常の場合であるならば、逮捕・勾留の必要性を到底肯認したい——おそらく請求すらされなかったらう——事実であったにもかかわら

ず、いずれも裁判官の手によって各令状が発付されている事実である。……別件逮捕・勾留の事前抑制の能否を論ずるにあたっては、その出発点をここにおかねばならないことを、三事件の分析結果は端的に教えている。……第二の点は、いずれも、各令状裁判官は、該令状請求が別件逮捕・勾留のためのものであり、あるいはそれに続く本件逮捕・勾留であることを看破しえていたものと推認しうることであり、……これを看破することは……決して不可能ではなく、「捜査官の良心に頼るほかない」という問題ではまったくない、ということである。」

(4) 熊本典道「別件逮捕に対する制裁」判例時報五七七号・九頁以下は、「いわゆる別件逮捕のすべてが、捜査官が裁判官に對して逮捕状を請求し、裁判官が発付した逮捕状を、捜査官が利用して取調を行うのである」から、「まず何よりも先に、その逮捕状を発付すべきであったか、が問題にされなければならない筈である。」と述べている。

(5) 川原誠「別件逮捕・勾留の事前抑制試論」法律時報四二卷一一号二一六頁「……別件の勾留を継続する必要性、あるいは別件の勾留期間を延長する理由中に、本件に関するものを持ち込むことは許されず、勾留の取消あるいは延長請求却下の方法によって抑制しうるのが一般であろう。仮りに右の段階で抑制しえない場合が現実にあろうとしても、第二次逮捕・勾留状発付の段階でチェックし得るであろう。要するに、事前抑制は十分に可能なのである。」

(6) 熊本典道「前掲」判例時報五七七号・一一頁は、別件逮捕に対する最も効果的な制裁方法は、「請求された第一次の逮捕状を却下する」ことであり、それは「實際的にも理論的にも可能」であると述べている。

なお、この論文において、別件逮捕についての逮捕状発付の責任が裁判官にあるとの主張に對する三個の反論に對する再反論がなされているから、参照されたい。

(7) 柏木千秋・別件逮捕の諸問題・植松博士還暦記念論文集(刑法と科学・法律学)六七頁―六七二題……「表面上はa事件で逮捕状を請求しているのであるし、事実その要件が満たされている以上、ほかにb事件を取り調べる意図があるからといってこの請求を不適法なものとすることはできないであろう。従ってまた、裁判官としては、a事件について逮捕の要件が満たされているかどうかを判断すれば足りる……。」

(8) 柏木千秋・別件逮捕の諸問題・前掲書六八四頁は、「違法な別件逮捕・勾留をなくす最大の鍵は捜査機関の姿勢にある。とくに二つの面を期待し要望したい」とし、「科学的捜査を推進すること」と、「人権尊重の精神」を提唱している。そして、「捜査の段階における疎明資料」さえ「もっぱら科学的捜査に頼ることを目標にして捜査を進め」、「これさえ得られれば、その後は適法に逮捕・勾留を含む強制捜査もできる」と述べている。

(9) 谷口正孝「他事件で勾留中の被疑者の取調」前掲三七頁下段は、「違法な勾留を防止することは困難であるばかりか、その認定もまた困難である。裁判による捜査の抑制が当然考えられてしかるべきであり、ことは憲法の保障する人身の保護の理由からする証拠禁止の問題としてとらえるべきであろう。」この説は、人権保障説の立場に立つものと思われる。

(10) 田宮裕「総合判例研究叢書・刑事訴訟法(16)」二一四頁は、「別件逮捕かどうかを事前に裁判官が道破することは実際問題として不可能に近いから、事後的にその結果得た供述の証拠排除をするとか、本件についての逮捕状請求の際にチェックするしかないであろう」という。この説は、違法排除説に立つものである。

なお、伊達秋雄「いわゆる逮捕・勾留の蒸し返しの違法性について」ジュリスト二七九号四二頁参照。

(11) ハールバット教授セミナー記録・日米比較刑事訴訟手続・前掲五九頁「……アメリカの裁判官達は、裁判所で適用されるべき法則を定め、そのことを通じて間接的に憲法の規定の完全な実現を保障するのは裁判官の果さなければならない役割であると、一般に考えているようである。」

(12) 関沢正夫(警察庁刑事局調査統計官)・別件逮捕と警察捜査・法律のひろは二三巻三号九頁は、「被疑者の取調べの必要性と科学的捜査の限界」について次のように述べている。「……より本質的な疑問は、科学捜査の発達が果たして期待のような役割を全うしうるかという点である。……わが警察も、……科学的証拠を犯罪捜査に導入しているが、いかに……科学的証拠を利用したとしても、それ自体が語る範囲にはおのずから限界がある。死者の眼球から犯人の映像を写し取る技術でも開発されるならば格別、事案の真相を明らかにするためには、程度の差こそあれ、被疑者の弁解を聞いたり、裏付のある自白を求めたり、アリの信憑性を検討したりする活動を依然として必要とするであろう。この問題は、……捜査の本質

に属する事柄である……単なる捜査の便宜・必要の範ちゆうの問題ではない。……都市化現象の急激な進展は、ある意味で、容疑者からの証拠収集の必要性をむしろ高めつつある。」

## 二判 例

別件逮捕・勾留の抑制について直接説示した判例は少ないが、昭和四六年五月一日の大阪地方裁判所の判決（大阪保母殺し事件一審判決）は、その珍らしい例の一つである。この判決は、違法な別件勾留の事後抑制方法として、違法捜査行為をとった捜査官に対する刑法の適正な運用の外に、違法捜査行為から取得された供述の証拠排除をすべきことを説示している。<sup>(1)</sup>その他、最近の下級審裁判所の判決は、別件逮捕・勾留による証拠の排除を行うことにより、事後抑制の実を示しているものがある。<sup>(2)</sup>

しかし、それだからといって、判例が事後抑制説に従っているということとはできない。昭和四六年一月一日の岡山地裁決定は、別件逮捕の事前抑制をした事例を示している。<sup>(3)(4)</sup>

(1) 大阪地裁昭和四六年五月一日判決（大阪保母殺し事件一審判決）（判例時報六四〇号）は、別件逮捕の抑制方法として「これを違法な捜査方法という点からみると、……刑法の諸規定の適正な運用によって捜査の公正をはかってゆくのが本筋であり、……自己に不利益な供述を強要された被疑者の立場という観点からこれを見ると、……憲法三八条一項の権利を實質的に保障するためには……右権利を侵害して得られた供述を裁判における証拠から排除することが不可欠の要件となってくる。」と述べ、事後抑制説をとっている。

(2) 金沢地裁七尾支部昭和四四年六月三日判決（刑事裁判月報一卷六号六五七頁）は、「憲法三三条及び三四条の規定を實質的に保障し、刑事司法の理想を堅持せんがためには、……証拠収集の利益は適正手続の要請の前に一步退りせられ、その

証拠能力を否定されるべきものと解さなければならぬ」と説示し、事後抑制説をとっている。

東京高裁昭和三四年四月二一日判決（高裁判集一二巻五号四七三頁）もまた、事後抑制の立場をとっている。

(3) 岡山地裁昭和四六年一月一日決定（刑事裁判月報三巻一号）は、勾留理由の存することを認めながら別件逮捕の疑いがあること等を理由に勾留請求を却下した原裁判を準抗告審で、勾留の必要があるとして、取り消した。別件逮捕の事前抑制をした一例である。

(4) 大阪地裁昭和四三年三月二六日決定（下級裁判事裁判例集一〇巻三号三三〇頁—三三二頁）は、別件について逮捕状が発付されているのにそのことを逮捕状請求書に記載しなかったことにつき、逮捕のむし返し防止に違反する逮捕状の請求を違法としている。この判例は、事前抑制を要求していると解される。

### 三 私 見

別件逮捕・勾留の抑制を、一般的に直接抑制に求めることは、観念論にすぎないが、事前抑制が不可能に近いというのも、正しい観察ではない。捜査機関の自覚的抑制もあり得ることであるし、令状発付に際しての裁判官による疎明資料の取得についての調査による事前抑制も可能であろうからである。しかし事前抑制には限界があり、別件の逮捕および勾留が合法的かつ正当の理由の下になされる場合には、これを利用して余罪である本件の取調をするのが妥当とされるから、<sup>(1)</sup>本件に関しては勾留理由の開示はなく、従って、勾留についての疎明資料に関する証拠排除の要否を判断する機会は、裁判所に事前に与えられてはいないことになる。別件勾留の延長もしくは本件についての逮捕・勾留の令状請求に関する疎明資料の取得方法の違法の有無の審査は可能であるから、この際に、疎明資料につき証拠排除をすることは、可能である。しかしこの証拠排除は、別件逮捕・勾留についていえば、事後抑

制である。ただこれによって、違法な本件逮捕・勾留の事前抑制をすることになることはいうまでもない。

しかしながら、疎明資料に違法があることは、令状請求の際には裁判官には判明せず、証拠排除の機会は、勾留理由の開示の時に求められることになるであろうが、しかし、勾留理由の開示手続においては、開示請求者の意見陳述があるとしても、疎明資料の違法性を争う機会ではないから、別件勾留を違法とし、その下における供述およびそれに基づいて取得された証拠の排除は、公判における証拠調の機会に持ち越されざるを得ないことになる。したがって、事後抑制としての証拠排除が、法定手続の保障という観点から、クローズアップされることとなる。

(1) 前掲、大阪地裁昭和四三年三月二六日決定参照。また、三巻四号一頁以下「余罪取調の許容性の限界」参照。

## 八、結 語

別件逮捕・勾留の許容性の限度に関し、仁保事件差戻後の控訴審判決は、その判決理由において、適切な説示を<sup>(1)</sup>している。これによって整理して、別件逮捕・勾留による本件取調の許容性が認められるべき条件を求めてみれば、次のようになる。

- (一) 別件の逮捕・勾留に関する要件
  - (イ) 別件に起訴して処罰する価値があると、客観的に判断されること。
  - (ロ) 別件に逮捕・勾留の必要性があることが、客観的に認定されること。
- (二) 本件の別件勾留中の取調に関する要件



(イ) 別件による身柄拘束を利用して被告人を取り調べても、取調の期間、方法、程度に照らし、別件勾留の本来の目的を著しく害することのないこと。すなわち、(a) 本件事実についての取調が別件の取調に要する期間内に行なわれること、および(b) 本件の取調のみの拘束に転化していかないこと。

(ロ) 右の限度を超えてまで身柄確保の上、余罪取調が必要と予想されるときは、事件単位の令状主義の原則に帰ること。

右は、わが国の判例が認める別件逮捕・勾留の許容性の限度法則であるが、別件逮捕・勾留の適法性判断については、別件基準説をとり、別件勾留中の本件取調については、本件基準と別件基準との綜合基準をもってしている。わが国の刑事訴訟法は、勾留中の余罪取調を許容する規定を有するから、合法的な別件勾留中の本件取調も、実質的に令状主義の潜脱と認定されるような限度を超えたものでない限り、法定手続の保障条項に違背することはな  
いと思われる。法定手続の保障を侵犯するものであるかどうかの判断は、具体的状況に即し、具体的かつ実質的に  
行なうべきものであり、徒らに事を抽象化、一般化して行なうべきものではないであろう。<sup>(2)</sup>

次に、違法な別件逮捕・勾留に対しては、事前抑制はいうまでもなく、事後抑制手段として、違法手続による取得証拠の証拠排除をすべきことも、認められるべきことであろう。ただ、違法性判断にあたっては、個別事件について、諸事情を考慮して、具体的かつ実質的になさるべきことは、すでに論じたところである。

(1) 広島高裁昭和四七年一二月一四日判決(判例時報六九四号一六頁)は、仁保事件差戻後の控訴審判決であるが、その判決理由において、別件逮捕勾留の許容限度に関する判示をしている。それによれば、この事件における別件逮捕、勾留は、

別件が起訴処罰価値がないとはいえないことから、これを以て捜査権の濫用とすることは当たらないとし、「問題は、むしろ右起訴後における強殺事件についての被告人取調の適否である。本来起訴後の勾留は、被告人の逃走あるいは罪証隠滅を防止し、右勾留の基礎となっている起訴事件の審理の円滑、適正な遂行を確保するためのものであるから、起訴事件以外の余罪事実捜査のため被告人の身柄を確保し被告人を取調べる必要があるれば右余罪事実について新たに令状の発付を求め、これに基づいて身柄を拘束すべき筋合である。しかし、すでに起訴事実につき適法に身柄が拘束されている以上再度身柄拘束の手続をとることなく起訴事実についての身柄拘束を利用して被告人を取調べても、その取調の期間、方法、程度にてらし起訴後の勾留本来の目的を著しくそこなうことのない限り、とくに弊害もないと考えられる。ここに起訴後の勾留本来の目的を著しくそこなうというのは、たとえば、余罪事実についての被告人取調が起訴事実の審理に通常必要と考えられる期間または右事実が有罪であるとして通常予想される刑期に相当する期間を超えるほど甚だしく長期にわたり、しかもその間取調が連続、集中して多数回にわたり行なわれるような場合であって、このような場合は取調の期間、方法、程度にてらし起訴後の勾留がほとんど余罪事実についての被告人取調のための身柄拘束に転化しており、起訴後勾留の利用の限度を超えているものというべきである。従って、もしこの限度を超えてまで身柄確保の上余罪事実の取調が必要と予想されるときは、事件単位の令状主義の原則に帰り、捜査官はこの余罪事実について令状請求等の措置をとり裁判官の審査を径た上その令状によって身柄を確保し、法定の期間内に取調を行ない、起訴、不起訴、身柄釈放等の措置をとるべきであり、かかる措置をとることなく起訴後勾留の利用の限度を超えて取調を続行した場合は令状主義の趣旨にもとる取調として違法の疑を免れない。」

(2) この点について、東京高裁昭和四七年一月三〇日判決(判例時報六九〇号三三頁)が、職務質問に伴う所持品検査の限界に関して、次のように説示していることは注目されてよい。「何らバッグを損壊することなく、単にチャックを開き、内容物をそのままの状態を外から一見した行爲も、——外形的には警職法二条一項による行為の範囲を多少こえるように見えるが——問題になっている容疑事実の重大性と危険性、実力行使の態様と程度、これによって侵害される法益と保護されるべき利益との権衡等からみて、警察法、警職法を含む法秩序全体の精神に反しない、社会的にも妥当性の肯定される行為

として許容されると解するのが相当である。(……この種の行為は、あくまで具体的状況に即し、具体的にその適否を判断すべきで、徒らに事を抽象化し一般化して論ずるのは、人権保障上も、刑事司法の運営上も好ましくなく、……)。

## 附 記

この論文は、簡単な本文に対して比較的多くの紙数を注記に提供したため、一見体裁のわるいものになった。引用文けんはすべて公刊されたものであるから、読者が専門学者であれば、一々その引用内容を注記する必要はないことであろう。しかし、大多数の読者は、引用文けんを手もとに置いて検索する手段を有しないか、有してもその労をとる余裕のない人々である。学術論文を一握りの専門学者の玩具的存在から、広く法曹人および学生にとって有用なものとするためには、引用文けん、特に外国文けんの引用にあたっては、引用文けん名および所載頁のみならず、その内容をも訳出して掲載するのが当を得たことではなからうか。学問は大衆に奉仕する可能性を有するものでなければならぬ。こうした学生の要求に応じて、本誌の主たる読者のために、敢て労をいとわず、引用文けんの内容を注記した次第である。

なお、この論文は、八カ月足らずではあったが、大学院設立申請および学費値上げ問題で日夜苦闘をした私の法学部長在職中に夜間暇をみて書き綴ったものである。したがって、前後のバランスを十分に調整することができず、不体裁なものになったことを、おわびする。

昭和四九年一月記