

排除法則における「事後の違法」

——裁判例の研究——

濱 田 毅

- 1 はじめに
- 2 平成15年判例と「事後の違法」に関する見解
 - (1) 平成15年判例の判旨の確認
 - (2) 排除法則における「事後の違法」に関する諸見解
 - (3) 「事後の違法」をもって手続時の令状主義潜脱の意図を推認させる事情とする見解の検討
- 3 裁判例の検討
 - (1) 各裁判例が採用する、「事後の違法」取り込みのための理論構成
 - (2) 裁判例の判断ないし判断過程の検討
- 4 再発防止に向けて
 - (1) 捜査段階における留意点
 - (2) 公判段階等における留意点

1 はじめに

我が国の最高裁（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。以下、単に「昭和53年判例」という。）が、違法収集証拠排除法則（以下単に「排除法則」ともいう。）を採用してから、40年以上が経過した。

ところが、近年、昭和53年判例が、証拠排除判断の考慮事情として想定していなかったはずの事情、すなわち、係争の証拠に関するところの、警察官作成の報告書等の記載内容や警察官の証言内容が事実と異なる旨裁判所から指摘され、このような証拠収集後の警察官の供述態度等の事情（いわゆる「事後の違法」）が排除方向で考慮されることが多くなっている。

裁判例の中には、単に、前記報告書や証言に現れる警察官の供述が、違法

を主張する被告人供述に比して、これを排斥するに足りるほどの高度の信用性が認められなかった程度の指摘にとどまらず、より積極的に、警察官が、収集過程における違法を隠ぺいするため虚偽の記載、虚偽の証言をした（又はその疑いがある）とまで踏み込んで判示するものも少なくない¹⁾。

このような事態は極めて遺憾であり、深く憂慮している。警察官らが自らあるいは同僚の違法を糊塗するため違法を重ねることは、被告人から公正な裁判を受ける機会を奪いかねないものであって、刑事裁判の仕組み上あってはならないことはもちろんであり、さらに、それが証拠排除の理由のひとつとされ、本来犯罪を犯している者が無罪となるに至っては、法執行機関に対する国民からの期待の二重の違背というべきであろう。

他方で、このような「事後の違法」については、理論的な問題も残されている。周知のとおり、排除法則の適用に当たり、証拠収集後における捜査機関の違法ないし不適切行為が排除方向の事情として真正面から取り上げられたのは、後記の天津覚せい剤事件・最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁（以下、単に「平成15年判例」という。）を嚆矢とするが、証拠収集に対し因果性を持ち得ないはずの事後的な事情をもって、何故、排除法則の考慮事情とすることができるのか、その理論的な説明について、なお学説は一致していない²⁾。

- 1) 後記のとおり、平成15年から令和元年にかけて、関係する64件の裁判例を検討したところ、判文を前提とする限りではあるが、このような単純な立証の不成功にとどまらない、警察官の記載・供述に問題がある旨指摘があると思料されるものが、40件近く存在した。
- 2) 平成15年判例の評釈は数多くあるが、近時は、評釈とは別に、この「事後の違法」というテーマに相当程度力点を置いた論稿も現れている。例えば、渡邊ゆり「違法収集証拠の排除 検察の立場から」三井誠ら編「刑事手続の新展開 下巻」379頁（成文堂・2017年）、中谷雄二郎「違法収集証拠の排除 裁判の立場から」前記文献・395頁、坂根真也「違法収集証拠の排除 弁護の立場から—コメント」前記文献・410頁。また、真正面から、この「事後の違法」を取り上げる論稿として、緑大輔「違法収集証拠排除法則と捜査機関の後行行為」季刊刑事弁護97号45頁（現代人文社・2019年）もあり、この問題に対する関心の高まりを示すものといえよう。

また、下級審裁判例の評釈として、伊藤睦「身柄拘束手続の違法を糊塗する行為に対して違法収集証拠排除法則を適用した事例」速報判例解説編集委員会編「法学セミナー増刊 速報判例解説」2巻217頁（2008年）〔本稿裁判例5の評釈〕、柳川重規「当該被疑事実では逮捕できないことを認識しながら行われた現行犯逮捕及び、その逮捕の違法を糊塗するための逮捕手続

そこで、本稿では、平成15年判例の「事後の違法」に関する判旨や学説について理論面での考察をした後、関連する下級審裁判例を検討し、その判示するところ踏まえ、再発防止に向けての留意点、特に立証について責任を有する検察官が果たすべき役割が大きいことを指摘したい。

2 平成15年判例と「事後の違法」に関する見解

(1) 平成15年判例の判旨の確認

この平成15年判例は、最高裁が排除法則を適用して証拠排除までに至った最初のケースとして名高い上、いわゆる「先行行為の違法」あるいは「派生証拠」の問題に関しても重要な判示を行っている。しかし、ここでは、「事後の違法」に関する部分のみを取り上げる。

同判例は、前提となる事実関係につき、検察官による上告趣意における主張にかかわらず、原判決（大阪高判平成13年9月14日刑集57巻2号153頁）の認定をそのまま是認したが、その概要は以下のとおりである。

かねて窃盗の被疑事実による逮捕状が発付されていた被告人の動向を視察するなどのため、天津警察署の警察官 K ほか2名の警察官は、同逮捕状を携行しないで被告人方に赴いたところ、同人方前で被告人を発見して、任意同行に応じるよう説得したものの、同人がこれに応じず、突然逃走し、隣家に逃げ込むなどした。

警察官らは、その後、隣家の敷地から出てきた被告人を追いかけ、結局、被告人方付近路上で、同人を制圧して逮捕したものであるが、天津警察署に連行して到着後、間もなく被告人に同逮捕状を呈示した。

ところが、同逮捕状には、本件現場において同逮捕状を呈示して被告人を

書の虚偽記載、公判での虚偽の証言に、令状主義の精神を没却するような重大な違法があると評価され、その違法逮捕による身柄拘束状態の下で任意提出された尿についての鑑定書の証拠能力が否定された事例」刑事法ジャーナル39号122頁（2014年）〔本稿裁判例19の評釈〕各参照。

逮捕した旨 K 警察官作成名義の記載があり、さらに、K は、同日付でこれと同旨の記載のある捜査報告書を作成した。

被告人は、逮捕当日、大津警察署内で任意の採尿に応じ、同尿からは鑑定の結果覚せい剤成分が検出され、後に、覚せい剤自己使用事実で起訴された(逮捕後に行われた被告人方での捜索において発見押収された覚せい剤の所持事実も併せて起訴され、さらに前記逮捕状に係る窃盗事実でも追起訴されている。)

公判においては、前記逮捕状による逮捕手続の適法性が争われたところ(被告人側は、本件現場において逮捕状の呈示がなかったと主張)、前記3名の警察官は、同逮捕状を本件現場で示すとともに被疑事実を読み聞かせた旨証言したが、原審は、これらの証言を信用せず、警察官が同逮捕状を本件現場に携行せず、また逮捕時には同逮捕状の呈示もしなかったと認定し、前記のとおり、最高裁も、これをそのまま是認している。

以上の事実関係を前提に、最高裁は、本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていないという手続的な違法があるとした上で、「それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。」と判示し、逮捕当日に採取された尿及びその鑑定書につき、「違法な逮捕に密接に関連する証拠」であるとして、その証拠能力を否定した。

本事例にあっては、係争の証拠(逮捕当日に採取された尿及びその鑑定書)に排除法則を適用するに当たり、排除理由となる収集過程の違法事由としては、採尿手続に先行する逮捕手続において、逮捕状の呈示がなく、また緊急執行の手続も履践されなかったことが挙げられる。

しかし、検察官が、上告趣意にて主張したとおり³⁾、窃盗の事実で逮捕状

が発付されていたこと、警察署への引致後直ちに本件逮捕から約3時間後には逮捕状を呈示していること、被疑事実の要旨を告げたか否かには争いがあるが、仮に告げていないとしてもそれ以外は逮捕状の緊急執行の要件を充足していることなどから、違法の客観的側面である「法規からの逸脱の程度」に着目する限り、実質的には大きくないというものであった⁴⁾。原審も、「逮捕の場面だけをみる限り、逮捕状不呈示の違法は証拠排除をもたらすような重大なものとはいえないという救済的解釈をする余地がないでもない。」とする⁵⁾。

にもかかわらず、最高裁が、当該逮捕手続の違法の程度につき、「令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なもの」と評価するに至ったのは、違法の主観的側面、及び、これに関連して、警察官の事後的な不適切な行為、すなわち、警察官が、逮捕後に、①逮捕状に虚偽記入した上、内容虚偽の報告書を作成したこと（以下「①虚偽記載等」ともいう。）、②公判において事実と異なる証言をしたこと（以下「②事実と反する証言」ともいう。）が指摘され、これらの行為が「手続的な違法を糊塗するため」に行われたと認定されたことが大きく影響していることは明らかである⁶⁾。

3) 刑集57巻2号139頁

4) 本判例の調査官も、逮捕の際には、被疑事実の告知がなされていないとの原審の認定を前提としつつも、「逮捕状の緊急執行の要件もある程度満たされているといえるから、逸脱の程度は実質的には大きくないとの評価もあり得ると思われる。」とする（朝山芳史・平成15年度最高裁判所判例解説（刑事）38頁）。同様に、事後的な隠ぺいがなければ、違法は重大ではないと判断されたであろうと指摘する論者は少なくない（佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室275号41頁（2003年）、高木俊夫「^三小平成15年2月14日判決を読んで」研修680号9頁（誌友会・2005年）、安廣文夫・河上和雄ら編「大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕」7巻505頁（青林書院・2012年））。

5) 刑集57巻2号158頁

6) 酒巻匡「刑事的訟法（第2版）」515頁（有斐閣・2020年）、安東章「先行手続の違法と証拠能力」植村立郎編「刑事事実認定重要判決50選（下）〔第3版〕」545頁（立花書房・2020年）。これに対し、調査官は、逮捕状を携帯していないにもかかわらず、警察官であれば容易に気付く基本的事項である緊急執行を怠ったこと、警察車両に被告人を乗せた段階で事後的に手続的瑕疵の治癒が可能であったのにそのような手続を全く採っていないことなどの警察官の帰責事由も併せて指摘する（朝山・前掲注4）38頁）。しかし、前者については、被逮捕者の発見・逃走という予想外の事態に警察官らが冷静な対応ができなかったこと、後者についても、警察署

しかし、これらの行為は、警察官として不適切な行為ではあっても「事後の」（「事後」の意味については後述する。）ものであって、係争の証拠（尿）の証拠収集に因果性を持ち得ないにもかかわらず、何故、違法収集証拠排除法則の適用上、排除判断に影響を及ぼし得るのか。本判例における「本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば」判示の意味の理解とも関係して、既に評釈などで盛んに議論されてきたところである。

(2) 排除法則における「事後の違法」に関する諸見解

この問題については、平成15年判例の判示の理解として、あるいは本判例と離れて「事後の違法」を考慮事情として取り込む理論として、次のとおり、概ね4つの見解が説かれている。

まず、第1の見解として、これらの「事後の行為」は、警察官が当初の手続時において令状主義の精神ないし諸規定を潜脱する意図を有していたことを推認させる事情であるとする見解がある。

次に、この第1の見解が「事後の違法」を排除法則の二つの排除要件のうち「違法の重大性」に関係するものと位置付けるものであるのに対し、そうではなく、かかる警察官の不誠実な態度の故に、もう一つの排除要件であるところの、将来の違法捜査抑制の見地からの「排除相当性」が肯定されたとみるべきとする第2の見解がある。

また、「事後の違法」（事後的な隠ぺい）が手続の事後的な検証可能性ないし批判可能性を失わせるものとして、当初の違法と一体的に評価され全体として司法的抑制の見地に反する重大なものと評価されたとの構成をとる見解（第3の見解）もある。

最後に、「事後の違法」については、排除法則から離れ、別個の理論により対処するとの見解（第4の見解）も説かれている。

での速やかな令状呈示を考慮すればさほどの時間的遅れとは言えないことから、違法の程度の評価を大きく変える要因となるとは言えない。

以上のうち第2ないし第4の見解の詳細及びその当否については、後記の裁判例の検討の中で併せて行うこととし、まずは、平成15年判例の理解として、調査官を始め⁷⁾、裁判実務家を中心に最も広く支持を集めていると思料される第1の見解⁸⁾について考察する。

(3) 「事後の違法」をもって手続時の令状主義潜脱の意図を推認させる事情とする見解の検討

ア 同見解の内容

従来から主流的な見解である第1の見解のうち、代表的なものが調査官の見解である。これによれば、本判例においては、「本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば」との判示から、警察官らの態度を一体として評価した上で、「内容虚偽の捜査報告書の作成と逮捕状への虚偽事項の記入は、上記の意図（本稿注、「令状主義の諸規定を潜脱する意図」を指す）の存在を推認させるものであって、公判廷における事実と反する証言は、更にこれを強めるもの」（傍点筆者）として位置付けていると理解するものである。

かかる見解が、前記のとおり裁判実務家の多くから支持を受けている（そ

7) 朝山・前掲注4) 43頁

8) 田口守一＝山崎学＝河村博＝笠井治＝椎橋隆幸「座談会 排除法則の現状と展望」現代刑事法5巻11号17頁〔山崎発言〕(2003年)、佐藤・前掲注4) 41頁、石井一正「最新重要判例評釈(108) 1 逮捕当日に録取された被疑者の尿に関する鑑定書の証拠能力が逮捕手続に重大な違法があるとして否定された事例…」現代刑事法6巻4号75頁(2004年)(＝石井①という。)、同・「刑事実務証拠法〔第5版〕」144頁(判例タイムズ社・2011年)(＝石井②という。)、大澤裕＝杉田宗久「違法収集証拠の排除(最二小判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁)」法学教室328号72頁、73頁〔杉田発言〕(2008年)、秋吉淳一郎「違法収集証拠」井上正仁＝酒巻匡編「刑事訴訟法の争点」183頁(有斐閣・2013年)、水野智幸「違法収集証拠排除法則の認定」木谷明編著「刑事事実認定の基本問題〔第3版〕」400頁(成文堂・2015年)(＝水野①という。)、同・「違法収集証拠」法学教室435号38頁(2016年)(＝水野②という。)、安東章「違法収集証拠排除法則の展開(覚せい剤事犯における被疑者の留め置きを中心として)」高嶋智光ほか編「新時代における刑事実務」161頁(立花書房・2017年)、同・前掲注6) 546頁、合田悦三「先行手続の違法と証拠能力(2)」井上正仁ら編「刑事訴訟法判例百選〔第10版〕」209頁(有斐閣・2017年)

して後記のとおり裁判例においても比較的多く採用されている) のは、平成15年判例の判示の文理から無理のない解釈であることのほか、裁判官が思い描く排除法則の仕組みに最も整合するからであろう。

すなわち、違法収集証拠排除法則の字義から明らかなように、同法則により証拠排除される理由となる違法は、係争の証拠の収集過程の違法でなければならない。警察官による事後の行為については、それが収集過程の違法の隠ぺいであり、これを放置することが、排除法則の趣旨たる「司法の廉潔性」の観点から望ましくなく、かつ、かかる隠ぺい行為自体、何らかの方法で将来における抑制の対象とすべき違法行為の一種であることは明らかではあるが、それがいかなる意味においても「収集過程の違法」とはいえない以上、排除法則の埒外である。「最高裁理論にあって、証拠排除という手段によって抑制を意図するのは違法捜査一般ではない。その中の違法な証拠収集行為だけであ(る)」(傍点筆者)⁹⁾からである。

したがって、かかる理解の下では、「事後の違法」を、排除の理由ないしその要件である「違法の重大性」を構成する事由として直接扱うことができないことから、あくまで同事由である「収集過程における警察官の令状主義の精神(ないし諸規定)を潜脱する意図」を推認させる判断資料と位置付けるほかはない。つまり、「違法の重大性」を構成する事由たる「収集過程における警察官の意図等の主観的事実」を「要件事実」とするならば、「事後の違法」は、それを推認させる「事後的な間接事実」(遡及的・回顧の間接事実)に相当する¹⁰⁾。

また、この第1の見解は、「事後の違法」を「違法の重大性」の有無の判断過程に取り込むものであって、排除法則の適用に関し「『違法の重大性』

9) 山田耕司「尿の任意提出における『同一目的・直接利用』基準」判例タイムズ779号52頁(1992年)

10) つとに、裁判実務家から、かかる「事後的な隠ぺい行為」につき「遡及的情況証拠」との言葉で表現されている(大澤=杉田・前掲注8)75頁[杉田発言]。また、水野①・前掲注8)400頁も同旨)。

の要件を中心に判断してきた判例理論¹¹⁾」とも整合的である。

すなわち、昭和53年判例が挙げた「違法の重大性」及び「排除相当性」の二つの要件の関係については、かねてより、両要件は重畳的な関係にあると理解する見解（重畳要件説。以下「重畳説」という¹²⁾）と、並列的あるいは競合的なものである見解（並列的要件説¹³⁾）が対立していたところ、裁判実務家は、概ね重畳説に立ち¹⁴⁾、前者が満たされれば、通常は後者も満たされるとの見解に親和的である¹⁵⁾。したがって、あくまで排除法則における違法とは「収集過程の違法」に限られるとの前提を崩さずに、重畳説の下での基軸要件たる「違法の重大性」の判断事情に（事後的な間接事実として）「事後の違法行為」を取り込むというのが、最も無理のない思考過程といえよう。

第1の見解において、確認しておくべきことは、「事後の違法」が収集過程の違法の存在を「推認する」あるいは「推認を強める」だけなのか、それとも「違法性を高める」ないしは「違法を増強する」とまでいえるのか、である。調査官は、①「虚偽記載等」につき、本件採尿手続と同時期であったことから一体として評価することもでき、同手続の違法性を増強する要素となり得るが、②「事実と反する証言」については、同手続から1年以上も経過した後の出来事であって、もはや手続の違法性を増強する要素とはみることができず、令状主義潜脱の意図の存在の推認を強めるものとしている¹⁶⁾。

11) 朝山・前掲注4) 44頁

12) 川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」芝原邦爾ら編「松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻」530頁、533頁（有斐閣・1998年）、長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」現代刑事法5巻11号30頁（2003年）

13) 井上正仁「刑事訴訟における証拠排除」556頁（弘文堂・1985年）

14) 石井一正「違法収集証拠排除の基準—最判昭和五三・九・七以降の判例を中心として—」判例タイムズ577号9頁（1986年）、佐藤・前掲注4) 39頁、三好幹夫「違法排除法則—裁判の立場から」三井誠ら編「新刑事手続Ⅲ」343頁（悠々社・2004年）、安廣・前掲注4) 504頁、安東・前掲注8) 147頁、同・前掲注6) 543頁

15) 朝山・前掲注4) 42頁、三好・前掲注14) 344頁、石井②・前掲注8) 125頁。中谷・前掲注2) 398頁は、判例が、「違法の重大性」を先決すべき基本的要件とし、「排除相当性」については、違法の重大性が認められれば原則的に認められるが、証拠の重要性等をも総合考慮して例外的に否定する余地を付加的・確認的に判断すべき補完的要件と位置付けている旨指摘する。

16) 朝山・前掲注4) 42頁、43頁

つまり、「事後の違法」は、あくまで手続時の違法の存在の「推認を強める」ものであってその「違法性を増強する」ものではないとの整理である。理論的にはその通りであるが、最終的な判断事項が「違法の有無」だけでなく「違法の程度」であって、その考慮事情である「令状主義潜脱の意図」の存在やその悪質性を推認させれば、ひいては違法性を高めることにつながるので、実質的には「違法を増強する」機能を持ち得るといえよう¹⁷⁾。

なお、ここで「事後の」行為の意味も確認しておきたい。もちろん、通常は、時期的に係争の証拠の収集後のことを指している。しかし、いわゆる「先行行為の違法」のケースにあっては、必ずしも収集行為の前後関係にこだわる必要はなく、隠ぺい等の不適切行為が証拠収集に影響を及ぼすものでないならば、やはり「事後の行為」と扱うべきである。

調査官は、前記のとおり、①「虚偽記載等」につき、時期の点で証拠収集手続である採尿手続と一体的に評価可能であって、「事後の行為」と扱わない余地があることを指摘している。しかし、かかる虚偽記載は、採尿目的のためになされたものではなく¹⁸⁾、採尿を容易とする効果もない¹⁹⁾以上、やはり採尿という証拠収集と因果性を持ち得ない。①「虚偽記載等」が、(先行行為たる)逮捕当時の警察官の意図を推認させて、その違法存在を推認させ、さらにはその違法性を増強し(前記のとおり)、その違法が(直接の証拠収集行為たる)採尿行為に影響を及ぼさないし承継されとの関係にある。つまり、「先行行為の違法(違法の承継)」のケースにあっては、「事前・事後」の基準時期が、証拠収集時ではなく、隠ぺい対象たる違法行為が行われた時点、すなわち先行の違法な手続時(平成15年判例のケースでは「逮捕手続時」ということになる。やはり、平成15年判例における、①「虚偽記載等」は、

17) 調査官は、本文で述べたとおり、推認を「強める」と違法性を「増強する」と緻密に使い分けているが、「後手続の違法は…収集手続の違法性立証を間接的に増強する場合には…例外的に検討対象となる」(傍点筆者)との用い方もする論者もあり(中谷・前掲注2)402頁)、かかる「増強」の用法が不正確であるとまではいえないであろう。

18) 河村博「違法収集証拠をめぐって」河上和雄先生古稀祝賀論文集368頁(青林書林・2003年)

19) 樺橋隆幸「平成15年度重要判例解説」ジュリスト1269号199頁(有斐閣・2004年)

逮捕手続時以降に起きた「事後の違法」である²⁰⁾。

イ 第1の見解の問題点ないし限界

もちろん、このような第1の見解で、「違法の重大性」の有無や「証拠排除」の判断が説明しやすい事例もある。例えば、GPS 捜査である。警察官らにおいて、現行法上特別の根拠に基づくべきであるのにかかる規定に基づかず（あるいは、少なくとも令状で行うべきであるのに令状なくして）GPS 捜査を行った上、内部規定に従って、それを秘匿するため捜査書類に一切記録せず、公判において、捜査経緯を証言する警察官もまた GPS 捜査ではなく尾行目視によって被告人の行動情報を得たなどと虚偽供述をしたケースなどである²¹⁾。捜査及び隠ぺいがいずれも組織的・意図的に行われており、実態を反映しない事後的な虚偽記載や虚偽の事実の証言から、捜査当時の警察官の意図を容易に推認できる関係にある。

しかし、そうではなく、当初の違法あるいは収集過程の違法が、いわゆる「過誤」の場合は、そのような推認が働くとはいえない。緊急状態の故にとっさの判断を誤ったという法選択の誤りのケースも同様の場合がある。このような失敗や判断ミスであっても、その後冷静になって、問題顕在化の回避意図に基づきあるいは自己保身のため警察官が隠ぺい糊塗することはある以上²²⁾、事後的な隠ぺい行為から手続時点での「意図」や「故意」を推認する

20) これに対し、後記の裁判例でも多く見られるとおり、先行手続に違法があるため報告書に虚偽記入された事例であっても、同報告書が令状請求の疎明資料となり、その令状により押収された証拠につき証拠能力が問題となっている場合には、当該虚偽記入行為は、「事後の違法」ではなく、まさしく「収集過程の違法」を構成する。

21) 東京高判平成30年3月22日（裁判例53）参照。もっとも、GPS 捜査につき一律に強制処分であると判示した最高裁大法廷判決（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）以前に実施された事案にあっては、直ちに、当時から、警察官において「令状を要すべき捜査なのに取えて令状を採らずに実施した」などと評価すべきではないことは別論である。

22) 平成15年判例の事案においても、原審の見立てを前提とすると、警察官が緊急執行の手続を容易に取り得るのに、これをせず、①「虚偽記載等」を行ったのは、逮捕状を持参し忘れたという、違法でも何でもないが、プロの捜査官としては大きなミスとなる事由を隠したかったからとも推測される。また、高田昭正・後掲注68）419頁、420頁の脚注40）においても、平成15

ことはむしろ経験則に反する²³⁾。

また、当初の違法行為をした警察官と、その後捜査書類を作成した警察官が別人の場合もある。通常は、一致するであろうが、例えば、地域課の警察官が被疑者に対し職務質問・留め置きをし、覚せい剤使用の嫌疑が生じたことから捜査部門の警察官が応援ないしこれを引き継いだ際、前者の警察官においては対象者が証拠隠滅行為を図ったため有形力を行使した旨正直に告げたものの、後者の警察官が、これを隠ぺいして捜査報告書に記載しなかった場合なども想定される²⁴⁾。

これに対しては、「令状主義潜脱の意図」にあっては個々の警察官の認識や意図ではなく組織体としての捜査機関の認識を判断対象とする²⁵⁾との理由で違法・隠ぺい行為の各主体の相違を問題視しないとする見解もあろう。つまり、捜査の適否を判断する際、それは組織として行われる活動である以上、個々の警察官が見分した事実関係のみならず他の警察官の見分したものも含めて判断されるのであるから²⁶⁾、ここでの主観的事情も、個々の警察官のそれではなく組織体としてのものが判断対象となるというのである²⁷⁾。

しかし、第1の見解の理論的基礎は、あくまで「推認」であって規範的評価ではない。当初の職務質問や留め置きに関与していない別の警察官の事後

年判例の事案につき、同様に、被疑者の身柄拘束時に令状主義の保障を潜脱する意図を推認することには、無理がある旨指摘されている。

- 23) 緑教授も、「『事後に糊塗する行為がなされれば、令状主義の潜脱を意図して違法行為が行われていた』一が成り立つことを意味しない。人は、意図的であれ、過失によるものであれ、失敗した行為を糊塗しようとする場合があると考える方が、経験則に適うであろう」と指摘されるが(緑・前掲注2)46頁)、正当である。
- 24) 東京高判令和元年7月16日(裁判例59)は、違法な所持品検査を行った警察官ではない、その後応援臨場した別の警察官が令状請求の疎明資料たる捜査報告書に事実と異なる記載をしたケースである。ただし、作成警察官が先行の警察官から虚偽の報告を聞いて意図せずに事実と異なる記載をしたか、自らも虚偽であることを知っていたかは証拠上不明とされている。
- 25) 裁判例においても、その判示から、個々の警察官の意図ではなく、関与する警察官全体の意図を重視する姿勢がうかがえるものがある(東京高判令平成19年9月18日(裁判例9)、東京地決平成23年3月15日(裁判例15)など)。
- 26) 中谷雄二郎・平成6年度最高裁判所判例解説(刑事)183頁
- 27) 水野①・前掲注8)400頁

的行動をもって、経験則として職務質問等の警察官の意図を推認できるのか疑問である。仮に、当該捜査を担当した警察官らが、不適切な行為についてはできるだけ表沙汰にしたいとの意識を共有していたとしても、組織体としての警察官が常に職務質問時に違法行為（例えば、過剰な有形力の行使）をするなどの統一的な方針・意図があるとまではいえないはずだからである。

「組織体としての意図」のような団体法理ないし共犯理論類似的の考えを持ち出して、経験則から離れた推認を「擬制」することは、「令状主義潜脱の意図」と「糊塗隠べいの意図」とを混同するものであって論理的にも不相当と言わざるを得ないが、さらに、危惧されることは、排除法則の適用判断に「制裁論」を持ち込んでいるおそれはないかということである。

すでに、平成15年判例の評釈において、「捜査機関の糊塗行為を殊更に重視し、かつその『態度』を問題としている点からすると、実は裁判所は、『違法捜査抑制の見地』という言葉とは裏腹に、違法収集証拠排除法則を法廷侮辱罪の代替として用いているのではないか、という印象を与える」との指摘がなされているところである²⁸⁾。

また、検察実務家も、「上記行動（本稿注、「警察官の虚偽公文書作成・偽証」を指す。）が強い非難に値するゆえに、犯人性に関する悪性格立証と同様に、人の心情に訴える力が強く非論理的な推認を働かせるおそれがある」との指摘している²⁹⁾。

この第1の見解の下での排除法則の適用に当たっては、「違法収集証拠排除法則」であることから、あくまで「収集過程の違法」の「重大性」こそが排除理由であり、事後的な隠べい行為はその推認事情に過ぎないとの限界があることを意識しておかねばならない。

28) 緑大輔「逮捕手続に重大な違法があるとして被告人の尿鑑定書の証拠能力が否定され、その派生証拠とたる覚せい剤の証拠能力は肯定された事例—最二判平成一五年二月一四日刑集五七卷二号一—一頁」修道法学28巻1号101頁（2005年）

29) 渡辺・前掲注2）385頁

3 裁判例の検討

(1) 各裁判例が採用する、「事後の違法」取り込みのための理論構成

本稿では、「事後の違法」検討のために、平成15年判例が出された後、令和元年末までの間、公刊物や判例データベースで検索調査し、判決文・決定文から排除法則との関係で捜査機関の不適切な行為等が指摘されている裁判例を取り上げ、末尾記載の一覧表にとりまとめた（裁判例の総数64件）。

もちろん、検討の中核は、平成15年判例で指摘されたような、捜査書類への①「虚偽記載等」、②「事実と反する証言」などではあるが、この一覧表においては、この種の問題における裁判所の態度や傾向を知るためにも、先行の違法を隠ぺい糊塗する行為と評価されかねない行為に限らず、違法を否定する警察官の証言の一部がその信用性が否定されたケースについても、裁判所にとって信用し難い証言をしたとの広い意味での不適切行為等として取り上げている（当然のことながら、このようなケースでは、信用性に疑問のある証言がなされたことそれ自体が、排除法則の考慮事情〔違法の重大性や排除相当性を根拠付ける事由〕とされてはいない。上記意味での不適切行為それ自体が考慮事情とされてない裁判例は27件である³⁰⁾）。

他方、先行の違法を糊塗するためなどに報告書等に虚偽記載がなされたとしても、同報告書が令状審査の疎明資料とされ、その令状実施により係争の証拠が獲得された場合には、かかる「虚偽記載」はその証拠の収集過程の違法を構成するのは当然であり、「事後の違法」ではない（このような「収集過程の違法」と「事後の違法」の双方がある事例も相当数あるが、前者のみ

30) これら27件には、考慮事情とされているかどうか不明分も含まれている。またこれらのうち、「不適切行為」が先行の違法行為の隠ぺいとも疑われるものであっても、すでに先行の違法で十分に「違法の重大性」が認められることから、あえて事後の「不適切行為」を考慮事情とまでしなかったに過ぎないと解されるものがある（裁判例23、26、32、56の4件がこれに該当すると思われる。）。

の裁判例は3件である³¹⁾。

したがって、一覧表の裁判例(64件)のうち、警察官の不適切な行為等があっても、排除法則の考慮事情とされていないもの(27件)、純粹に「収集過程の違法」を構成するもの(3件)を除いた裁判例34件が、本稿でいう「事後の違法」のケースである。これらの「事後の違法」の各裁判例が、かかる事情をいかなる理論構成の下で排除法則の考慮事情に取り込んでいるか検討する。

ア 第1の見解・先行の手続時の令状主義潜脱の意図等の推認事情とするもの

この見解を採用し、「事後の違法」を排除法則の判断過程に取り込んでいる裁判例は、やはり、他の見解採用のものに比して最も多く(横浜地判決平成23年3月8日(裁判例16)等16件³²⁾)、当初は、平成15年判例の判示文言をそのまま借用するだけのものが目立った³³⁾。

しかし、前記のとおり、第1の見解にあつては、その推認が合理的かどうかの問題(違法が過誤の場合、主体が異なる場合など)があることを意識したものであるが、中には、警察官が公判で事実と異なる供述をして違法を糊塗しようとしたことから、捜査当時において「自分達の行為の違法性を十分認識していたことを示す」(東京地判平成24年2月27日(裁判例17)。東京高判平成25年1月16日(裁判例19)も同旨。)、捜査当時において「自らの捜査手法の違法性を認識しつつ、仮に問題となっても隠蔽すればよいとの考えをもとに敢えてそのような違法捜査を重ねたことを推認させる」(京都地判平成27年12月4日(裁判例28))などと推認過程を具体的に説明するものもある。

他方で、公判時における証言内容・態度をもって、捜査当時において「確

31) 裁判例12、25、29の3件である。

32) 裁判例14、16、17、19、20、21、22、24、28、31、35、36、39、53、63、64の16件である。

33) このようなものは裁判例14、16、20、21などである。

実な資料に基づいた慎重な手続を進める姿勢があったかについて強い疑念を抱かせる」(東京地判平成26年7月14日(裁判例24)〔ただし、後に控訴審で破棄されている。〕)、公判前整理手続の途中段階まで被疑者に有形力を行使したことを説明しなかった警察官の態度から、職務質問・留め置き時における「令状主義の精神を軽視する姿勢」がうかがえるとする(大阪地判平成29年3月24日(裁判例39))などと説明するものもある。しかし、前記のとおり「隠ぺいの意図」と「令状主義の精神を潜脱(あるいは軽視)する意図」とは別物である以上、より丁寧な推認過程の説明があった方が良かったのではないか³⁴⁾。

イ 第2の見解・排除相当性の考慮事情とするもの

この見解は、平成15年判例の理解に関し、判示文言からは離れるものの、捜査後の事情で捜査の違法性を理由付けることの論理面の難点を指摘し、同事案においては捜査手続の違法性はさほど重大なものではないが、その後の捜査書類への虚偽記載や事実と反する証言という警察官の態度が許されず、将来の違法捜査の抑制の見地から、当該証拠の排除相当性が導かれたとするものである³⁵⁾。

第2の見解は、昭和53年判例の二つの排除要件の關係に関し、並列的要件ないし競合要件と考え、違法の重大性が認められない場合でも、抑止効から導かれる排除相当性の充足のみで証拠排除を肯定する見解と結びつきやす

34) 裁判例39にあつては、事後の行為ではなく、当該警察官が、被告人依頼により現場臨場した弁護士に対し、令状の発付状況を確認しないまま、既に令状発付されている旨回答したという「事前の」言動・態度が、「令状主義の精神を軽視する姿勢」との評価につながったものと思われる。

35) 田口ら「座談会」・前掲注8)17頁〔田口発言、笠井発言〕。同様に、違法の重大性ではなく排除相当性の観点から証拠排除すべきとして第2の見解を支持するものとして、緑・前掲注2)48頁。また、安廣・前掲注4)505頁、506頁も、平成15年判例につき、(違法の重大性を肯定したものであつて)「『排除相当性』が極めて高度であると判断したと見受けられる。」とする。さらに、基本的には第1の見解に立つ水野①・前掲注8)400頁も、判文から離れるとの留保つきながら、第2の見解も成り立つとする。

い³⁶⁾。

したがって、かかる第2の見解に対しては、①平成15年判例の文理に合わない³⁷⁾、②違法の重大性の要件を中心に判断してきた従来の判例理論とは一線を画する³⁸⁾との批判がある。加えて、最も問題なのは、③事後の行為を直接の排除相当性の考慮事情とすることは、抑制の対象を違法な証拠収集のものではなく「事後の行為」と捉えることになるとの点である³⁹⁾。排除法則の趣旨たる抑止効における抑制の対象は、あくまで捜査（証拠収集）の違法であって、虚偽公文書作成・偽証は違法であって一般的に抑止されるべきことは当然であっても、それを排除の対象とすることは昭和53年判例が創設した排除法則から超えるものと言わざるを得ない。

③の批判に対し、事後的な行為をもって、警察官が違法精神を欠いた態度を採っていること⁴⁰⁾、あるいは「違法性の隠ぺいの意図」や「司法審査を逃れる意図⁴¹⁾」を見出し、そこから同種の違法捜査を繰り返す可能性があるとして排除相当性に結びつけるとの説明がある。確かに、この論理であれば、あくまで抑制の対象は違法捜査（証拠収集）となる。現に、平成15年判例の原審は、警察官が自らの過誤を隠すことに汲々するばかりであると論難しつつ「証拠排除しなかったとすれば、結局、過誤は隠ぺいすればよいとの認識を許容することになってしまい、これが将来の違法捜査の抑制の見地から相当でないことは多言を要しない」と判示していた（刑集57巻2号159頁）。

しかし、このような「違法精神の欠如」や「隠ぺいの意図」が、果たして

36) 緑・前掲注2) 48頁

37) 平成15年判例は、明らかに警察官の事後的な行為を、違法の重大性の考慮事情としている（池田・後掲注44) 214頁）。

38) 朝山・前掲注4) 44頁

39) この第2の見解に親和的な判示をした平成15年判例の原審に対し、検察官が、上告趣意にて、このように述べて激しく批判していた（刑集57巻2号142頁）。長沼・前掲注12) 37頁も同様に批判する。

40) 緑・前掲注2) 48頁

41) 水野①・前掲注8) 400頁

将来の証拠収集の違法を予測させるものといえるのか疑問があり⁴²⁾、実質的には、事後的な不適切行為に出たことをもって「証拠排除」で応じるという制裁論が背後に潜んでいるのではないかとの疑いがぬぐえない。

結局、判文において、この第2の見解、つまり「事後の違法」を違法の重大性を經由せずに排除相当性の考慮事情としていると思料される裁判例として把握できたのは、佐賀地決平成16年9月16日（裁判例2）及びその控訴審・福岡高判平成19年3月19日（裁判例7）、東京高判平成29年10月19日（裁判例48）、さいたま地判平成30年5月10日（裁判例54）、並びに東京高判令和元年7月16日（裁判例59）に過ぎなかった。

もっとも、いずれも、証拠収集手続における違法については重大と認めた上で、排除相当性との関係で「事後の不適切行為」に言及しており、その意味で、並列的要件説と結びついた第2の見解を採用したわけではなく、重畳説と矛盾するものではない⁴³⁾。

ウ 第3の見解・隠ぺいが事後の検証・批判可能性ないし司法審査を形骸化させる点に着目するもの

第1の見解のほか、隠ぺい等の「事後の違法」を、「違法の重大性」の判断過程に取り込む構成として、別の見解も説かれている。

この見解は、隠ぺいにより「手続への事後的・外部的な検証可能性を失わせること自体、捜査の適法性を公判の場で吟味する場を設けるといって証拠排除法則の機能を形骸させ」るものとし、「さらにより広い意味では、処分の

42) このような説明は、刑罰論に例えれば、犯行後に証拠隠滅などの行為に出たことから、本犯の再犯の可能性が高まるというものであるが、論理に飛躍があるというべきであろう。また、警察官が公判で偽証という違法精神欠如の行為に出れば、同警察官が適法な行為あるいはごく軽微な違法行為により入手した証拠も排除されるべきなのか、並列的要件説に立てば、論理的にはこれを肯定することになるが、それでは、もはや違法収集証拠排除法則とは別物となろう。

43) 現在の判例理論を前提としても、違法の重大性を肯定すれば、通常、排除相当性も肯定される以上（朝山・前掲注4）42頁）、それだけで証拠排除を導き得るが、やはり、これらの裁判例は、事後の違法に対する裁判所としての批判の姿勢を明確にするため、敢えて排除相当性で言及したのではないかと推測される。

適正を司法的抑制にゆだねようとする令状主義の趣旨に反する」と捉えることにより、隠ぺいされた証拠収集過程の違法（平成15年判例の事案では、「逮捕手続の違法」）が「全体として、司法的抑制の見地に反する重大なものであると評価」するものである⁴⁴⁾。

この見解は、平成15年判例の判示文言に反せず、かつ重畳説を基軸としてきた判例法理に整合しつつ、しかも、隠ぺい行為等を直接「違法の重大性」の考慮事情として位置付けることができるとの利点がある。したがって、第1の見解と比して、先行の違法が過誤等であるため当時の意図の推認では説明が難しい事案でも隠ぺい行為を違法の重大性の考慮事情に取り込めるとの点で、汎用性の高いより優れた理論といえよう。

この第3の見解を採用とすると思われる裁判例も第1の見解に次いで多い。例えば、大阪地決平成27年6月5日（裁判例27）は、警察官らがGPS捜査の実施を組織として保秘するため捜査報告書等に一切記載しなかったことなどを指摘した上、「このような警察官らの対応は、GPSを利用した捜査の適法性に対する司法審査を事前にも事後にも困難にするものであって、捜査に対する司法的抑制を図ろうという令状主義の精神に反するもの」（傍点筆者）とした上で、本件GPS捜査には、「令状主義の精神を没却するような違法」があると判示している。同じく、GPS捜査に関する、奈良地裁葛城支判平成29年6月19日（裁判例43）、名古屋高裁金沢支判平成29年9月26日（裁判例47）、大阪高判平成29年12月6日（裁判例49）も、同様に、前記司法審査や適法性判断を事前にも事後にも困難にする旨のフレーズを用いて同旨の判断をしている。

また、鹿児島地裁加治木支判平成29年3月24日（裁判例38）が、当該なりすまし捜査につき違法の重大性の根拠として「本件捜査の適法性に関する司

44) 池田公博「刑事判例研究第106回 違法な手続または証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠の証拠能力」ジュリスト1338号214頁（2007年）。また、丸橋昌太郎「令状主義システムと排除法則—最高裁平成15年2月14日第二小法廷判決」信州大学法学論集11号277頁（2008年）も、排除法則を令状主義の規律システムの一部とし、捜査官の脱法の意図等が、同システムの形骸化につながるとして同様に「違法の重大性」判断で考慮することは不自然ではないとしている。

法審査を潜脱しようとする意図」(傍点筆者)を挙げたこと、東京地判平成29年5月30日(裁判例41)が、GPS捜査につき、「警察組織全体において保秘を徹底という形で司法審査を経ることを困難にしていた上」(なお、旭川地判平成31年3月28日(裁判例58)にも同様のフレーズがある。)、警察官らの行動に「司法審査及び令状主義を軽視する態度が見て取ることができる」(いずれも傍点筆者)として違法の重大性を肯定したことから、これらの裁判例も第3の見解に親和的であるといえよう。

しかし、この第3の見解にも疑問があると指摘せざるを得ない。まず、この見解に登場する「令状主義の趣旨(精神)」の意義である。確かに、事後の隠ぺい行為が、事後の司法審査による検証・批判可能性を奪い、それによる排除法則の機能を損なうとの評価はその通りであろう。しかし、令状主義の本質は、捜査に対し事前の司法審査に服させることで事前の司法的抑制を図ることにあるはずである。「事後の司法審査」を損なうことが、なぜ「令状主義の趣旨ないし精神」に反するとの評価になるのであろうか⁴⁵⁾。「令状主義」と「司法審査」は同義ではないのである(後者の方がより広い概念である⁴⁶⁾)。

もちろん、法概念といえども一義的不変のものではないであろう。しかし、昭和53年判例のいう「令状主義の精神を没却するような」との違法の重大性の修飾表現は、憲法・刑事訴訟法が重視する基本理念・原則に照らして重大な違法との趣旨であり、違法事由を「令状主義違反」に限定するものではないと解されている⁴⁷⁾。この見解のように、事後的な隠ぺい行為の持つ違法性

45) 池田教授は、この点を意識されているものと思われるが、前記のとおり、慎重に「広い意味では」(令状主義の趣旨に反する)との語を付している。

46) 「事前の司法審査」をかいくぐる行為は「令状主義違反」であろう。しかし、「事後の司法審査」を損なうことは、必ずしもそうではない。取調官が、自白を得た取調べ状況に関し偽証したことは、「事後の司法審査」機能を損なうものではあるが、「令状主義違反」ではない。

47) 既に、裁判例でも、令状主義による規制とはかわりのない自白収集過程の違法(東京高判平成14年9月4日判時1808号144頁)、弁護権侵害の違法(大阪地判平成元年12月7日判タ744号215頁)のほか、必ずしも対象者の基本権侵害とは言い難いケースである、おとり捜査の違法(札幌地決平成28年3月3日(裁判例31))についても、排除法則が適用されている。

を「令状主義の精神を没却する」違法に結びつけるために、「令状主義」の意味を拡張するとの論理を採用することは、むしろ、排除法則の射程拡大という現実には追いつかないという難が生ずるのではないか。

他方で、上記見解（第3①の見解と呼ぶ。）と同様に、隠ぺい行為が事後の批判可能性を奪うことに着目しつつ、規範説の立場から、それを「違法の重大性」の中で一体評価すべきことを説く見解もある（先の見解と区別し、第3②の見解とも呼ぶ。）。

この見解は、排除法則をして憲法が保障する基本権侵害行為を刑事手続から排除するとの内容を持ち憲法35条、31条に直接根拠を置く法則であると捉える立場（規範説）に立った上で⁴⁸⁾、警察の事後の隠ぺい行為は、警察が遵守すべき、国民の自由という基本権を保障する公正な手続のルールを大胆に侵害するもの⁴⁹⁾、あるいは報告書の作成・公判での証言により事後的に検証可能となるようにすることも逮捕を規律する体系化されたルールに含まれるところ、事後の隠ぺい行為は警察が遵守すべきかかるルールを公然と無視するもの⁵⁰⁾として、先行の違法とともに「重大な違法」として一体的に評価する^{51) 52)}。

48) 渥美東洋「排除法則を支える原理—最（2小）判平15・2・14大覚せい剤事件に即して」現代刑事法5巻11号25頁（2003年）（=渥美①という。）、同・「全訂 刑事訴訟法〔第2版〕」182頁以下、192頁以下（有斐閣・2009年）（=渥美②という。）

49) 渥美①・前掲注48）27頁、28頁

50) 柳川・前掲注2）125頁。また同・「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113巻11・12号710頁（2007年）参照。

51) 香川喜八朗「違法排除法則の新たな展開——最高裁平成一五年二月一四日第2小法廷判決によせて——」亜細亜法学38巻2号12頁（2004年）（=香川①という。）、同・「一 逮捕当日に採取された被疑者の尿に関する鑑定書の証拠能力が逮捕手続に重大な違法があるとして否定された事例…」判例評論545号（判時1855号）219頁以下（2004年）（=香川②という。）も、規範説の立場からの立論として、事後の隠ぺい行為が、警察による基本権侵害と同様であり、かつ事後の批判可能性を奪うことに着目し、「違法の重大性」の考察対象とするとしている。

52) もっとも、上記見解が規範説からの論理的帰結とはいえないようである。平成15年判例の評価として、規範説の立場からも、事後の隠ぺい行為は憲法33条の要件違反を構成せず、排除法則が発動される余地はないとする見解もあった（清水真「刑事判例研究 一 逮捕当日に採取された被疑者の尿に関する鑑定書の証拠能力が逮捕手続に重大な違法があるとして否定された事例 …」法学新報110巻9=10号239頁（2004年））。この見解に対しては、警察の脱法的態度

このような規範説からの第3②の見解は、第3①の見解が重視する「令状主義違反」だけでなく、令状主義違反を含む基本権侵害及びこれをめぐるルール違反に着目するので、他の基本権侵害のケースも射程に含み得るとの利点がある⁵³⁾。もっとも、裁判実務家からは、そもそも昭和53年判例の排除法則を規範説として理解し、その違法事由を基本権侵害にのみに限定することそれ自体に異論がある⁵⁴⁾。本稿における調査・検討でも、判示文言を見る限り、第3②の見解に立っているものと位置付け得る裁判例には接しなかった⁵⁵⁾。

以上のとおり、第3の見解は(①・②説とも)、「事後の違法」を考慮事情に取り込む理論としては優れているが、裁判実務から見れば難もあり、そうであるならば、後記のとおり、端的に「事前・事後の違法」の一体評価を可能とする別の理屈も検討されてよいように思われる。

を許せば、憲法33条の趣旨が没却され憲法規範を維持できなくなるとの批判もある(丸橋・前掲注44) 278頁)。

- 53) 既に、供述の自由という基本権侵害にも排除法則が適用できると説かれており(渥美②・前掲注48) 204頁)、そうだとすれば、弁護権(憲法34条)侵害も同様であろう。ただし、その余の違法、例えば、おとり捜査の違法にまで、射程を広げ得るかどうかまでは不明である。
- 54) 香川喜八朗「開かれた社会での排除法則」高岡法学1巻1号394頁(1990年)は、昭和53年判例につき相対的排除論に立つものではないとし、また、香川②・前掲注51) 223頁は、平成15年判例につき規範説の立場を示したものとするが、必ずしも、一般的な理解ではないであろう。規範説の論者からも、最高裁判例は、抑止効説に立っているとの理解が示されている(渥美②・前掲注48) 193頁)。
- 55) 柳川・前掲注2) 126頁は、東京高判平成25年1月16日(裁判例19)が、逮捕手続書への事実と齟齬する記載、公判での同旨の供述につき「当該被疑事実では逮捕できないことを認識しながら」被告人を逮捕し、「その後もその違法性を糊塗しようとした」ことの問題性を、違法の有意性と並んで別個に指摘していることから、第3②の見解を採ったと評している。確かに、この判示文言をみると、事後の違法を別個の違法と捉えているように思えるが、本判決は、かかる判示に先立ち、原判決の判示(前記事後の違法から「単に強制処分の選択を誤ったに過ぎないと評価することはできず」としており、原審は明らかに第1の見解によるものと解される。)を引用摘示した上、「この原審の判断は、正当である」としていることから、原審と同様の理論構成に立つものと解するのが素直と思われる。そこで、本稿では、同判決(裁判例19)も第1の見解を採用したものと分類している。

エ 第4の見解、その他の見解

以上の見解は、あくまで排除法則の枠内で判断過程に「事後の違法」を取り込もうとするものであった。しかし、あくまで排除法則が証拠収集行為の適正を図るものであることから、「事後の違法」については、排除法則とは異なる排除理論を用いて国家機関の行為の規制を企図する見解もある。

その理論として、公訴権濫用論ないし手続打ち切り論も想定される⁵⁶⁾が、公訴提起を無効ならしめるのは、公訴提起が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるとする判例理論（最判昭和55年12月17日刑集34巻7号672頁）からすれば現実的な主張とはいえない⁵⁷⁾。

そこで、退去強制外国人の検察官面前調書に関する最判平成7年6月20日刑集49巻6号741頁による「手続的正義の観点から公正さを欠く」との「証拠の許容性」の枠組み（あるいは、同じ平成17年に出された大法廷判決〔ロッキード事件における嘱託尋問調書に関する最大判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁〕を併せた、これら2つの平成17年判例を総合して解釈によって導かれるとする「不公正手続証拠排除法則⁵⁸⁾」）に依拠する説が平成15年判例の調査官により示唆されていたところである⁵⁹⁾。現に、弁護実務家の論者からも、「(捜査官が事後的に悪質な隠ぺい工作等を行った場合には) 刑訴法全体の趣旨に照らしないし証拠請求が手続的正義の観点から不公正であることから、証拠として排除されるべきであろう。」と主張されているところで

56) 伊藤准教授は、既に、「事後の違法」問題についてこれを排除法則の違法の重大性の考慮事情とした比較的初期の裁判例である宇都宮地判平成18年8月3日(裁判例5)の評釈において、「そのような不正義に対する断固たる態度を示した…趣旨だとすれば、本来は手続打ち切り等の別の手段で講じるべきであり、これをあえて違法収集証拠排除法則の枠組みの中で論じたことに対しては批判もありえよう」と指摘されていた(伊藤・前掲注2)219頁)。

57) もちろん、弁護人がこのような主張をする場合には、「事後の違法」だけでなく「事前の違法」を主たる理由とする(その上で、同主張が排斥されているケースとして、佐賀地判平成17年5月10日(裁判例2)、東京地判平成23年9月14日(裁判例16)参照。)

58) 中谷雄二郎「手続の公正と証拠の許容性」原田國男ほか編「刑事裁判の理論と実務 中山善房判事退官記念」211頁以下(成文堂・1998年)

59) 朝山・前掲注4)59頁。また、大澤=杉田・前掲注8)74頁〔大澤発言〕参照。

ある⁶⁰⁾。

しかし、理論面の当否は別にしても⁶¹⁾、かかる見解については、いかなるレベルの違法ないし不公正があれば当該証拠の証拠調べ請求が「手続的正義の観点から公正さを欠く」といえるのか不明である上⁶²⁾、裁判官の思考過程には合わないのではなからうか。すなわち、今回検討の多くの裁判例からは、なじんでいる排除法則の下で(さらには重畳説を前提に)「事後の違法」を「収集過程の違法」と一体的に評価し、あるいはこれを補完する事情として扱って、全体的に「重大な違法がある」との評価を下すことにより、隠ぺい行為等に対する非難の態度を明確にするとの姿勢が看取できるのである。したがって、今後も、このような第4の見解が裁判例で採用される見込みは低いと思われる。

これまで、「事後の違法」に関する裁判例の判断枠組みを検討してきた。

ところが、他方で、理論的構成を明確に示さないまま、証拠排除(違法の重大性)の考慮事情とするものも複数存在する(このようなものとして裁判例5、33、45(及びその控訴審50)、55を挙げうる⁶³⁾)。

これらも、黙示的に第1の見解に依拠しているとの見方も可能であろう(特に、東京高判平成30年1月12日(裁判例50)は、原審判断(東京地裁立川支判平成29年7月19日・裁判例45)を正当としつつ、「令状主義を軽視する態

60) 坂根・前掲注2) 413頁

61) 前掲注2)の坂根論文は、同一テーマにつき法曹三者がそれぞれ論述をするとの企画の一環であるところ、このテーマ「違法収集証拠の排除」につき裁判官の立場から論稿を寄せているのが、前掲注58)の「不公正手続証拠排除法則」の提唱者中谷判事その人である。ところが、中谷判事は、「不公正手続証拠排除法則」が刑事手続の公正さを保持するために捜査の適否を問わず補完的に証拠を排除するものとコメントして、坂根説には賛意を示さず、この「事後の違法」に関しては、前記のとおり第1の見解を支持されている(中谷・前掲注2) 397頁、402頁)。

62) この見解の理論面(排除法則とは異なる独自もの)を貫けば、「収集過程の違法」の有無にかかわらず「事後の違法」のみで「公正さを欠く」と評価できる程度までの高い水準の違法が要求されるはずである。

63) 前記(前掲注55)のとおり、柳川・前掲注2) 126頁の分析に従って裁判例19が第1の見解に立つものではないとすると、私見による分類では、ここに挙げられることになる。

度も顕著」とのフレーズがあり、第1の見解に近い。)が、例えば、宇都宮地判平成18年8月3日(裁判例5)は、警察官らに当初から令状主義潜脱の意図があったとは認められないとしつつ、警察官の公判での不自然な供述を指摘した上「警察官側がはなはだ不公正な態度をとっていることを考え合わせると、本件での捜査の違法は、結果的に令状主義の精神を没却するような重大なものとな(る)」とし(当初の令状潜脱の意図を否定している以上第1の見解では説明が付かない⁶⁴⁾)、広島地判平成30年6月14日(裁判例55)は、「以上のような被告人の尿の鑑定書…の収集過程における違法の重大性、違法行為との関連性、警察官らの意図及びA警察官の証言態度を総合考慮すると、その収集過程には令状主義の精神を没却する重大な違法があったというべきである。」とするなど(「証言態度」は「意図」の推認ではなく、それと並ぶ別個の事情として摘示されている。)、事後の違法を推認事情というよりそれ自体で「違法の重大性」を構成する事情としている。しかし、いずれも、その理論構成に直接言及するところではない。

このような裁判例からうかがえる裁判官の思考過程に着目するならば、以上の第1ないし第4の見解とは異なる別の見解もあり得よう。

そもそも、裁判官が、事後的な隠ぺい行為を違法の重大性の判断過程に取り込み、排除法則により係争の証拠の証拠能力否定との結論を導く、最大の契機は、それが証拠利用の目的のためなされたあるいは証拠利用を容易にする効果を持つことにあるのではなかろうか⁶⁵⁾。

証拠は、最終的には事実認定の資料として利用されるために捜査機関に発

64) 既に、伊藤・前掲注2) 219頁で指摘されているところである。

65) 逆に、例えば、覚せい剤の押収過程で被疑者に対し警察官が暴力を加えたとして内部調査に入った監察官に当該警察官が賄賂を逃して懲戒を免れようとした行為、あるいは、押収したわいせつDVDを警察官がコピーして不正に販売して個人的利益を上げた行為があったとする。前者は収集過程の違法の隠ぺい行為であり、後者は当該証拠に関する不正行為であり、しかも、いずれも国民の目からすれば抑制の対象とすべき違法行為である。しかし、これらの「事後の違法」が当該覚せい剤やDVDの証拠能力に影響を及ぼすとは考えられない。いずれの違法行為も、公判における証拠利用に向けられたものではないからである。

見収集され保全されるものである⁶⁶⁾。その後、公訴官である検察官に引き継がれた後、証拠として利用されるべく（証拠能力に争いがあれば）収集過程の適正に関する立証を経つつ裁判官の面前に顕出される（そして、証拠能力の判断を経た後に事実認定に供される。このような発見収集から保全を経て証拠利用を求める行為までの一連の過程を「顕出過程」と呼ぶこととする⁶⁷⁾。).

排除法則は、窮極的には公判での証拠使用を目的とする国家機関の行為に違法があることを理由にその目的たる公判での証拠使用を拒否する仕組みなのであるから、裁判官の目には、「事後の違法」もまた収集過程の違法と同じく、このような証拠利用を目的とした当該証拠の顕出過程における違法であることには変わらない以上、それ故に一体的に評価し、排除法則の枠組みの下、「事前・事後の違法」に共通する窮極の目的が証拠利用であることから、これを拒否（証拠排除）したいとの思考があるように思われる。

さらに敷衍すると、証拠価値には、ふたつのものがあり、ひとつは、実体的価値（一定の事実を推認する力、つまり証明力）であり、もうひとつは訴訟法的価値（適正な手続によって入手されたこと）である。当然、両価値とも人為的に改変を加えられることなく収集された時そのまま法廷に顕出されねばならない。発見押収過程に問題がなくとも、獲得後の保全過程に問題が

66) 井上正仁教授は、排除法則の趣旨たる「司法の無瑕性」の要請に関し、「違法な証拠収集行為は、まさにその結果たる証拠の公判での使用をその窮極の目的とするものなのであるから、…違法な証拠収集行為の結果の利用を拒否することにより、いわば司法の汚れなき性質を保持し、国民の司法に対する尊敬、信頼を確保しようとするもの」と説かれていた（井上・前掲注13）374頁）。

67) 「証拠調べ請求」（刑訴法298条）、「証拠提出」（同法310条）との特定の訴訟行為を指す用語を用いると、「隠ぺい行為の違法」がこれらの「訴訟行為」に承継されるとのニュアンスを持ちかねない。また、「証拠利用時」は法的には「証拠調べ時」を指すものである。しかし、本来、証拠能力が認められたものだけが証拠として取り調べられるべきものではあるが、覚せい剤や尿鑑定書等の証拠調べ請求に対し、弁護人が排除法則により異議を述べた場合でも、採用して取り調べた上で、警察官の証言等を経て、裁判所が、排除法則の適用の可否を判断し、証拠能力を否定すべきとの判断に至れば職権で排除する（規則207条1項）例も多い。そこで、特定の訴訟行為や時点を指称しない「顕出」という語を用いた次第である。

あり実体的価値が損なわれれば(例、意図的に改ざんが加えられた場合など)、自然的関連性を喪失し証拠能力が失われる。同様に、押収後に、捜査官が、関係の捜査書類に虚偽記載をしたり、収集過程の事実関係と異なる証言をするなど、訴訟法的価値をさらに毀損する行為に出れば、当該証拠の証拠能力否定の結論が導かれるべきであり、その枠組みとして排除法則を活用するというものである。なぜなら、本来、適正に保全維持され法廷に顕出されるべき訴訟法的価値を捜査官が毀損する違法・不公正な行為に出た以上、そのまま放置して当該証拠を事実認定に供することは、排除法則の趣旨たる、司法の廉潔性に反するとともに、証拠利用に向けた当該証拠の収集保全・利用過程(本稿にいう「顕出過程」)に関する違法行為として、将来に向かって排除法則による抑制の対象とされるべきといえるからである。

つまり、排除対象とするべき行為の終期を証拠の発見収集時点と捉えるのは捜査機関の視点に立つからであり、裁判官の視点から見れば、それでは狭すぎ、自分の面前つまり証拠利用時まで対象とされるべきであろう。

本稿とは別に、既に、排除法則の適用に当たり、もはや「収集過程の違法」に拘泥しない見解も、高田教授⁶⁸⁾や堀江教授⁶⁹⁾からも説かれていたところ

68) 高田教授は、平成15年判例の判旨につき「捜査機関の側に捜査の違法を糊塗する行為が事後にあったとき、その特別な結びつきがある限りで事後の行為も一体として考慮に入れ、『違法の重大性』の排除要件を認めたものといえよう」と評し、さらに注記で、「ただし、証拠収集行為後の事情も考慮すべき場合を、捜査行為の違法を糊塗する場合に限定する趣旨ではない。なぜなら、証拠の発見、収集過程における違法だけでなく、収集後の保全過程における違法や証拠の使用過程における違法まで考慮に入れて、違法収集証拠排除の可否を判断すべきだと思うからである。」(傍点筆者)と説かれていた(高田昭正「先行手続の違法と証拠排除—『毒樹の果実』論と『違法の承継』論』立命館法学345・346号420頁(2012年))。なお、高田説における「保全過程の違法」とは、捜査機関が収集後不当に証拠物を強制的に所持し続けるなどの事態を指すようであり、虚偽公文書作成は「保全行為そのものではない」とされる(前記論稿・422頁)。しかし、捜査書類に収集過程に関する虚偽記載をすることは訴訟法的価値を適切に保全していないという意味で、当該証拠の「保全過程の違法」と評価できよう。

69) また堀江教授は、事後的事情(少なくとも公判での偽証の事実)につき、「端的に、違法に収集された『証拠の(公判での)使用』の許否に関する事情として考慮されるべきであった」とし、かかる捉え方は、昭和53年判例以来の判例理論の枠組みを超えるものであるが、あえて同判例「の枠組みに位置付けるとすれば、『証拠許容の不相当』の問題といふべき」であり、「違法捜査抑制の見地から」というよりも、当該証拠が得られた契機となった違法行為を『隠蔽』

であり、やはり、「事後の違法」を「違法の重大性」の判断過程に当然のように取り込んでいる裁判例の思考過程の背後には、同様の発想があるのではなからうか。

このような見解（排除法則をして、発見収集から保全維持を経て公判利用に至るまでの顕出過程において証拠利用を容易にする違法行為がある場合に、司法の廉潔性保持、将来の同種違法行為の抑制のために当該証拠の公判利用を拒否する法準則と捉え直した上、「事後の違法」もかかる顕出過程における違法である以上証拠収集の違法と一体的に評価する。）を、私見において積極的に支持するか採用されるべきなどと主張するものではない。昭和53年判例が宣言したところ、証拠収集活動に関する排除法則の枠組みから超えるものであることは明らかであり（「違法収集証拠排除法則」から、いわば「違法顕出証拠排除法則」ともいうべき枠組みに発展させている。）、裁判例で明示的に採用されているわけでもなく、また排除法則の生まれた米国の議論にも見られない独自の排除理論だからである⁷⁰⁾。また、証拠収集過程の違法とその後の顕出過程の違法を果たして等値できるものか、特に後者の違法は対象者の基本権侵害を内実とするものではないことを考慮すれば疑問の余地もある⁷¹⁾。

しようとしたことに対する裁判所側のいわば事後的な対応として、証拠を許容不相当とするというものである」と説き、このような考えを推し進めれば、「必ずしも証拠の『違法収集』を前提としなくても、許容不相当として証拠の使用が禁止されるべき場合も想定できる」（いずれも傍点筆者）とし、排除法則の枠組みに位置付けつつ、証拠収集の違法ではない「事後の違法」も取り込む理論を展開する（宇藤崇ほか「刑事訴訟法〔第2版〕」431頁〔堀江慎司〕（有斐閣・2018年））。

- 70) 既に、平成15年判例に対してすら、「排除法則が生まれた米国においても証拠の発見・収集方法における不適法を排除の根拠であると考えるのが通常であることに鑑みれば、本判決はまさに独自の排除法理を打ち出してしまった」とする批判も加えられたところである（清水・前掲注52）241頁。「事後の違法」が我が国固有の問題であれば独自の理論を発展させる基礎がある。しかし、米国においても、排除法則を採用した連邦最高裁判決（マップ判決）の影響を回避するため逮捕・押収手続に関し警察官が偽りの報告し「法遵守」を事後的に操作・構成する傾向があるとの報告がなされているとのことである（井上・前掲注13）105頁、402頁）。
- 71) この見解は、証拠収集に違法がない（又は軽微である）場合でも、その後の顕出過程に違法があるだけでも証拠排除するののかとの問いに対し、理論的にはYESと答えることになる。そ

しかし、このような理論的な難点があること承知の上で、あえて「証拠顕出過程の違法」を摘示したのは、この事後の違法はまさに公訴官たる検察官が責任を持つべき、証拠の訴訟法的価値の保全・利用過程に係わるものであることを改めて強調せんがためである。「事後の違法」を考慮事情に加えて証拠排除の結論を採る一連の裁判例に対し、昭和53年判例以来の伝統的な判例理論から逸脱して制裁論に陥っていないか、ひいては、証拠獲得と無関係の行為のため、何故犯罪を犯している被告人を免罪する途を広げるのかとの不満もあろう。

しかし、仮に、今後も「事後の違法行為」の発生が止まないのに、検察官が理論的難点を指摘するばかりで手をこまねいていると、裁判所の態度が一層硬化し、これを真正面から取り込む新しい理論採用に踏み切る可能性がないとはいえない。そもそも排除法則については、政策的な見地からの理論と理解する見解が有力であり、前記のとおり、現に、裁判例において、既に、令状主義違反あるいは基本権侵害ではない違法の事例にまで拡大適用されている上、本稿の分析では、「事後の違法」に関する一部の裁判例は、既に実質的に昭和53年判例の理論を超えていると評価せざるを得ないのである⁷²⁾。

また、そもそも、「事後の違法行為」が根絶されるべきものであることは明らかである。警察官による隠ぺい行為は、被告人にとって不当に有罪の危険と反証の負担を増やし、裁判所にとっては司法妨害の行為であってその信頼を失いかねないものであることはもちろんであるが⁷³⁾、国民の目からも弁解の余地のない許されざる違法行為である。「証拠収集の違法」をした警察

うだとすれば、排除法則が、単なる証拠利用に向けた違法・不正ではなく、証拠収集が令状主義潜脱・基本権侵害等の違法を伴うことの故に証拠利用を拒否するとの本質を軽視するものではないかとの批判も予想されるところである。

72) 「事後の違法」のひとつとして検察官が公判前整理手続における態度（求釈明に回答しなかったこと）を挙げる裁判例も登場した（大阪地判令和元年9月25日（裁判例60）。もっとも、その評価に関する理論構成は判文上では不明である。）。

73) 既に、捜査官の行動に対する信頼性が失われるならば、捜査機関自体の死活問題となるばかりでなく、刑事裁判が機能不全に陥ることは必定であろうと指摘されていたところである（高木・前掲注4）12頁）。

官に対しては、犯罪行為を見逃さないとの職務熱心に基づく行為であったり、緊急状況のために法選択を誤ったに過ぎないなどとして、同情の声が国民の間でもあるかもしれない。しかし、「事後の違法」にあっては異なる⁷⁴⁾。国民の目は、公務員の自己保身や組織防衛に基づく違法には極めて厳しいことは明白だからである⁷⁵⁾。

裁判例の個々の指摘や裁判所の全体的傾向における厳しさにつき、まずは警察において重く受け止めるべきであるが、この種の行為が、個人の弱さに由来する自己保身やどの組織にもありがちな組織防衛本能に原因があるとなると、その内部の指導監督のみに任せることはできず、「事後の違法」を抑制に向けて、積極的に検察官が行動に出ることが期待される。

(2) 裁判例の判断ないし判断過程の検討

前記のとおり、末尾一覧表に記載した裁判例は、(警察官の証言の信用性が否定されたことも含めて) 何からの意味で警察官の不適切行為等が判文からうかがえるものを抽出したものである(合計64件)。もちろん、この数字に統計としての意味はなく、実態を有意な数字で示すものではない⁷⁶⁾。ましてやこの数字から、捜査の適法性が問題となった場合、もはや警察官の報告

74) 研究者の論稿でも、「警察という組織全体に対する社会全般の信頼を大きく揺るがすもの」(香川①・前掲注51) 12頁)、「警察の隠蔽体質が社会に与える不安は、計り知れないものがある」(柳川・前掲注50) 710頁) などと手厳しい。「事後の違法」を排除法則に取り込むことには異論はあっても、「事後の違法」した警察官に同情するものは皆無である。

75) このままでは、裁判所の判決文で「虚偽記載」「事実と反する証言」などと摘示されているにもかかわらず、なぜ検察官は、積極的に虚偽公文書作成罪や偽証罪を適用しないのか、との声が国民の間でわき起こるおそれもある(なお、担当警察官が処罰されたことが、判文上明確なのは、横浜地判平成28年12月12日(裁判例36)のみである。)。確かに、①それらの行為の摘示が必ずしも犯罪の構成要件(特に故意)の充足を意味するものではない、②むしろ、後記のとおり、「疑い」レベルであっても、証拠排除の判断にあっては立証責任の所在に従って、「あった」として扱われているに過ぎない、③特に、GPS 捜査に関しては、秘秘の徹底を求めた警察内部規定自体にも問題があり、個々の警察官を責められない、との事情はあろう。しかし、国民に対しては、必ずしも説得力を持つものではない。

76) 最終的に、「虚偽記載」であったことが否定されるなど証拠排除に至らなかったものも含まれている。また、同一事件につき異なる審級のものを別個として取り上げている。

書やその供述の信用性が一般的に欠けるものであるなどと速断するもの誤りである。捜査の適法性が争点となった場合でも、警察官の供述の信用性が認められるなどして係争の証拠の証拠能力が認められた裁判例も多数あるからである⁷⁷⁾。しかし、それでも、平成28年以降急増していることに着目すれば、この種の問題に対する裁判所の態度が厳格になっているのが素直な理解ではないか⁷⁸⁾。

まず、判断内容、すなわち警察官の供述につきその信用性が否定された場合の扱いをみても、当初は、信用性否定が単なる証拠能力の立証の失敗を意味するにとどまるなど、違法の重大性等の考慮事情としなかったものも相当あったが⁷⁹⁾、平成23年以降は、警察官の供述態度それ自体を証拠排除方向での考慮事情（前記のとおり、大多数が「違法の重大性」）とするものが目立っている⁸⁰⁾。

加えて、虚偽などの不適切な記載がなされた捜査書類が令状の疎明資料とされている場合における裁判所の態度も厳しくなっている。中には、疎明資料の虚偽記載の点を、「令状介在により違法を希釈させるか」などの違法と証拠との関連性の考慮事情にとどめるものもあるが（宇都宮地判平成18年8月3日（裁判例5）、札幌地判平成26年8月25日（裁判例25））、これらはむしろ例外であり、大多数は、かかる虚偽記載は令状審査を潜脱するものとし

77) このような裁判例は、本稿のテーマ上、検討対象外であり、網羅的に調査したわけではないが、例えば、福岡高判平成22年2月26日高裁速報集平成22年187頁、東京高判平成22年6月7日 LLI/DB L06520275、東京高判平成24年1月30日判タ1404号360頁（裁判例13の控訴審）、福岡高判平成24年5月16日高裁速報集平成24年242頁、福岡高判平成25年4月26日 LLI/DB L06820306、札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁（裁判例25の控訴審）、東京高判平成27年3月4日判時2286号138頁（裁判例24の控訴審）、東京高判平成29年11月20日 LEX・DB 25549284（裁判例42の控訴審）、などがある。

78) 裁判例の年別件数は、平成27年までは平均2ないし3件であるにもかかわらず、平成28年は6件、同29年は13件、同30年は8件、同31年・令和元年は7件もある。以上には、GPS捜査に関するもの（平成29年最高裁大法廷判決以降の新たな事案発生は考えがたい）が含まれている（平成27年・1件（同28年・0件）、同29年・5件、同30年・2件、同31年・1件）ことを考慮しても、この種の問題の増加傾向がうかがえる。

79) このような裁判例は、前記のとおり全体で27件。

80) このような裁判例は、「事前・事後の違法」を併せ、37件。

て(まさしく令状主義の趣旨に反する)違法の重大性を直接基礎付けるものとして扱っている⁸¹⁾。

判断過程、つまり、警察官の公判供述の信用性評価についてみると、例えば、同供述が捜査報告書と食い違っている場合、それでも公判供述の信用性を否定しすることはできないとするものがあったが(東京地判平成19年7月12日(裁判例8))、その後は、相違点があることの故に、「自らが作成した書類の記載内容と齟齬する供述を行うこと自体、供述の信用性を大きく減殺させる事情となる」(東京地判平成25年2月6日(裁判例21))。また同旨として、東京高判平成29年10月19日(裁判例48))と判示するもの、あるいは「真実と異なる事実経緯を作出し、公判廷においても虚偽の証言をしている」と断じる原因とするもの(大阪地判平成26年11月27日(裁判例26))などが存在する。もちろん、事案の違いの反映ともいえるが、総じて、公判供述と捜査書類の記載との食い違い(つまり警察官の供述の変遷)に対する裁判所の見方が厳しくなっているとの印象である。

当然のことながら、信用性評価に当たっては、所持品検査や留め置き状況に関しこれを撮影した防犯カメラ映像等の客観証拠との整合性が重視されている。すなわち、整合していることが警察官の供述の信用性肯定の理由としている裁判例⁸²⁾がある一方で、整合しないことでこれを否定し、あるいは

81) もっとも、裁判例13、24、25及び42など、虚偽記載故に違法が重大とした地裁の判断が控訴審で破棄されたものもある。しかし、そのうち裁判例13、24、42は、虚偽記載であること自体が控訴審で否定され、裁判例25は、虚偽部分が周辺部分に過ぎなかったから破棄されたに過ぎず、疎明資料の虚偽記載に対する裁判所の評価が緩やかなものもある、との例に挙げ得るわけではない。逆に、事実と異なる記載を認めつつ違法の重大性までは否定したという、ある意味緩やかな地裁判断が高裁で覆され、違法が重大との厳しい判断に至ったものもあり(裁判例29[控訴審・裁判例32]、裁判例37[控訴審・裁判例44])、やはり、全体的に疎明資料の不適切記載に対する裁判所の態度が厳格化していると評価できよう。

なお、被疑者の身体的特徴の記載等、令状の疎明資料を巡る問題における留意点につき、澁谷亮「刑事判例研究 [508]」警察学論集73巻1号179頁以下(2020年)(裁判例44の評釈)参照。

82) 京都地判平成30年1月18日(裁判例51)は、一部警察官の証言の信用性が否定されたが、他の警察官の証言が防犯カメラ映像と合致するなどとしてその信用性が肯定され、結局証拠排除に至らなかった。

それ故に隠ぺい目的の虚偽としたものもある⁸³⁾。

これに対し、一般的な供述の信用性肯定の視点である、複数の警察官による証言の相互一致による信用性の高まりは、従来ほどには重視されていないように思える。2名の警察官の証言が大筋に一致しており相互に信用性を高め合っているとしつつ、客観的状況に反するなど不自然・不合理な点があるとして、結局は信用性を否定したものがあつた（東京地判平成23年9月14日（裁判例16））ほか、「警察官らの証言が相互に一致していることは、それらの証言の信用性を高める要素として重視することはできない」などと相互一致を増強要素とはみないとまで判示するもの（広島地判決平成30年6月14日（裁判例55））や、「3名の警察官がそろいもそろって不自然極まりない供述をするのは、…所持品検査の状況につき、真実と異なる供述内容をあらかじめ打ち合わせて法廷に臨んだことを強く疑わせるもの」など（東京地判平成24年2月27日（裁判例17））、一致することがかえって口裏併せの証左として信用性評価の消極事情とされているものまでである。

加えて、立証責任との関係で、被告人供述と警察官供述とでは信用性の位置づけが異なるとの点にも留意されるべきである。

一般に、訴訟法的事実は、その事実を主張して一定の手續上の効果を求める者が立証責任（実質的挙証責任）を負うので⁸⁴⁾、証拠能力を基礎付ける事実（例えば、収集過程に警察官の暴力がなかったこと、被告人が任意に採尿・所持品検査に応じたこと）についても、当該証拠の証拠調べ請求者である検察官に立証責任がある。このように、捜査の適法性に関する事実に関し検察官に立証責任があることをもって、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（in dubio pro reo の原則。以下「プロレオ原則」ともいう。）が妥当すると判示

83) 東京地判平成26年7月14日（裁判例24）、大阪地判平成29年3月24日（裁判例39）、広島地判平成30年6月14日（裁判例55）、東京高判平成30年6月22日（裁判例56）など参照。

84) 松尾浩也監修「条解刑事訴訟法〔第4版〕増補版」814頁（弘文堂・2016年）、安廣・前掲注4）417頁、植村立郎・河上和雄ら編「注釈刑事訴訟法〔第3版〕」6巻36頁（立花書房・2015年）、酒巻・前掲注6）489頁

する裁判例もある⁸⁵⁾。

したがって、例えば、上記事実に関し被告人の供述と警察官らの供述が対立して、他に有力な証拠がない場合には、後者の供述において前者の供述を排斥するに足りるほどの高度の信用性がなければ、前記立証責任の所在により、裁判所としては、被告人供述に依拠して違法性を肯定する方向の事実があったものとして排除法則の適用の可否を判断することになる⁸⁶⁾。

つまり、証拠収集の適法性の基礎となる事実に関し、被告人供述と警察官らの供述が対立する場合、被告人の供述に誇張があるなど信用性に一部疑問があるとされても、肝心の警察官の供述の信用性が認められなければ、当該証拠の証拠能力が否定されることにつながることに留意を要する⁸⁷⁾。被告人供述が信用できないとしても、それだけで警察官の供述の信用性が高まるものでもない⁸⁸⁾。裁判例においては、違法性を基礎付ける事由がなかったとする警察官の供述が信用できるかが、証拠能力肯定・否定の分水嶺となっているといえよう⁸⁹⁾。

85) 大阪高判平成30年3月22日 LEX・DB25562360、さいたま地判平成30年7月27日（裁判例57）など。また、量刑事情としての捜査の違法性に関する判示として、大阪地判平成18年9月20日判時1955号172頁参照。

86) このような判断手法を採るものとして、前掲注85) 掲示の大阪地判平成18年9月20日及び大阪高判平成30年3月22日のほか、大阪地判平成18年6月29日（裁判例4）、東京地判平成24年2月27日（裁判例17）、静岡地裁浜松支判平成28年9月5日（裁判例34）、東京高判平成30年3月22日（裁判例53）〔ただし、警察官らのGPS捜査の強制処分該当性の認識の有無についてのものである。〕、広島地判平成30年6月14日（裁判例55）、京都地判令和元年10月29日（裁判例62）などがある。これに対し、被告人供述と警察官供述の対立点につき判断を一部留保するものもある（東京地決平成23年3月15日（裁判例15））。

87) 警察官の違法を訴える被告人の供述につき誇張があるなどの理由で信用性に疑問があるとしながら、結局、警察官供述の信用性が否定されて証拠排除の結論に至ったものも少なくない（京都地判平成22年3月24日（裁判例11）、大阪地判平成26年11月27日（裁判例26）、大阪高判平成28年10月13日（裁判例35）、名古屋地決平成30年2月28日（裁判例52）、広島地判平成30年6月14日（裁判例55）、横浜地判令和元年11月20日（裁判例63））。

88) 東京地判平成24年2月17日（裁判例17）は、こう明言する。

89) 前掲注88) の裁判例17の匿名解説（判例タイムズ1381号251頁）は、「本判決は、挙証責任を負う検察官に対し、被告人の弁解の排斥のみに目を奪われることなく、警察官の供述の信用性を慎重に見極めるべきであると警鐘を鳴らしたものといえよう。」と重要な指摘をしていたところである。

4 再発防止に向けて

以上の裁判例の検討を踏まえ、「事後の違法」を抑制するために、主として検察官を想定しての幾つかの留意点を述べあるいは提言をしてみたい。なお、証拠関係を知り得る立場にない筆者が、個々の裁判例の認定の当否についてまで深入りすることは避けたい⁹⁰⁾。そのような判決・決定が存在する以上、教訓とすべき点があれば虚心坦懐にこれを受け止め、将来に向けて「事後の違法」の再発を防ぐための方策を検討することこそが喫緊の課題と思うからである。

(1) 捜査段階における留意点

ア 被疑者の弁解聴取とその記録化

前記裁判例の検討の結果、「事後の違法」が先行の「収集過程の違法」を隠ぺい糊塗するために行われがちである（と裁判官がみている）ことからすれば、検察官としては、まずは、早期に、収集活動上の問題点に気づき把握することが出発点となるが、その最初の機会が、身柄送致を受けた被疑者に対する弁解録取である。被疑者が、積極的に警察官の違法を訴える場合はもちろん、いわゆる「証拠収集における任意性」が争点となり得る事件（在宅被疑者に対する任意同行・所持品検査・任意採尿等を経ている事件）にあつては、「収集過程の違法」の問題が伏在している蓋然性に留意し、弁解録取の段階で、むしろ積極的に上記任意性に関する質問をし、被疑者の言い分を十分に聴取しておくべきである。

弁解録取の段階では、十分な時間が取れないこともある。しかし、警察官の違法な言動を窺わせるような主張がある場合には、(勾留請求手続後に

90) もちろん、これらの裁判例において、捜査の適法性が争点となっている以上、担当の検察官にとっては、前提となる事実関係についての裁判所の認定に異論もあろう。

早期に取調べの機会を設けてでも) 丁寧に聴取して調書化⁹¹⁾して供述内容を確定しておくことが大事である⁹²⁾。

イ 検察官自らが解明に当たること

被疑者が、警察官の違法・不当を訴えた場合、検察官は、証拠収集過程の事実関係を自ら解明に当たるべきである。ここが「事後の違法」、特に警察官に有害無益の「無理な」ないし「違法な」公判供述に駆り立てるのを防止する重要な分岐点ともなり得る。

従来なら、第一次捜査機関である警察との役割分担の観点から、例えば、地域課の警察官の職務質問・任意同行等に問題があれば、捜査部門の主任となる警察官に問題点を伝えて、事実関係の解明に委ねることもあったであろう(現在でも、被疑者の言い分を視覚化するため、任意同行等の経過に関する被疑者立会の実況見分などは当然捜査担当の警察官が行うであろう)。しかし、裁判例の判文からは、所属はどうあれ同じ警察組織にある以上、身内意識からかばい合いがあるのではないかとの裁判官の不信感があるように思われる⁹³⁾。

このような不信感を払拭するためにも、警察から一步離れた立場から検察官が主体的に問題点を解明すべく、自ら関係警察官を取り調べるなどし、終

91) 取調べの録音録画(刑訴法301条の2に基づくものであれ、任意のものであっても)することが有効であろう。

92) いわゆる「寝た子を起こす」のを回避したいとの心理から、「証拠収集の任意性」に関する質問をためらってはならない。むしろ、被疑者の主張が、往々にして時間の経過とともに変遷することも想定される以上、供述の早期固定化は、後に被疑者供述の弾効が問題となったときに意味を持つ。

また、澁谷・前掲注81) 179頁も、警察官と被疑者の供述内容が齟齬する場合、被疑者の供述内容は可能な限り証拠化しておくことが望ましいとする。

93) 大阪地判平成25年2月1日(裁判例20)は、任意同行における有形力の行使の有無、広島地判平成25年6月6日(裁判例22)は、被疑者の手提げバックの所持品検査の有無が、それぞれ争点となっているが、いずれも、捜査段階において、関係警察官から改めて事情聴取して調査した警察官が登場し、法廷でも証言をしている。しかし、前者にあつては、関係警察官の供述を裏付けていない、後者にあつては、その供述する事実関係自体が「到底考えがたい」と評価され、結局は、適法性の立証に役立っていない。

局処分の判断に生かすべきである。当時の状況を上司の警察官から間接的に聴取するのではなく、やはり、職務質問等を担当した警察官本人から事情を確認するのが望ましい。

「証拠収集における任意性」が争点となり得る事件にあっては、最大のポイントが、それまで拒否していた被疑者がなぜ任意採尿・所持品検査等に応じることとなったのかである。急に同意するのは不自然ではないか、どのような説得を行ったのか、(被疑者の現在の主張に照らし)警察官の説明に合理性はあるか⁹⁴⁾などを見極めるためには、担当者本人に聞くのが最善だからである。

徒に、警察官を被疑者扱いせよと主張しているのではない。警察から「事件をつぶしにかかっている」との印象を持たれば、かえって解明に支障を来そう⁹⁵⁾。明らかに「重大な違法」があれば不起訴もやむを得ないが、裁判例の蓄積がある排除法則の利益衡量ラインを意識し、あくまで起訴すべきものは起訴するとの姿勢であることを、捜査担当の警察官にも十分に伝えておくことも必要であろう。

ウ 防犯カメラ等の客観証拠を早期に入手して保全すること

前記のとおり、捜査報告書記載、警察官の公判供述の信用性の第一の着眼点は、客観証拠との整合性である。職務質問・留め置き・任意同行等の状況が、付近の防犯カメラに撮影されたりするほか、近時は、パトカーのドライ

94) 東京地判平成24年2月27日(裁判例17)は、被告人が下着内に隠匿していたポーチの所持品検査の適法性が争われた事案であるが、被告人において当初から所持品検査を拒み、検査後もポーチ内の水溶液の検査を拒む態度が一貫しているのに、被告人が自発的に所持品検査に応じた旨の警察官の供述内容が、不自然であって信用性に乏しいと断じている。

95) もしここで、捜査主任の警察官に「違法の疑いがある」との問題点を伝えるのみで、さらには「疑いが解消できなければ不起訴だ」と付け加える検察官がいたとすれば失格というべきであろう。仮に過剰な有形力行使などの問題点があっても、その経緯、状況等(つまり警察官の苦勞)を考慮せず、最初から不起訴と決めてかかるようでは、職責を果たすものとはいえない。もし本当に警察官の過誤等があればその後の「隠ぺい行為」に走らせかねない。警察官が事後的な隠ぺい行為に手を染めた場合、そこに「事なかれ主義」ともいうべき検察官の過度の消極性がなかったかどうか懸念されるところである。

ブレコーダーに撮影されたり、応援臨場の警察官がビデオ撮影するなどのケースが増えており、早期に入手し検討しておくべきである。ドライブレコーダーの画像は、直ぐに上書きされたり、保存期間の問題もあるので、警察に対する保全指示は速やかになされるべきである。

留意すべきは、「ビデオがない」「消去された」などの回答があってもそれを安易に鵜呑みにしてはならないということである。警察による撮影に関するものについては、撮影されていない（又は消去された）のはなぜか、撮影・保存に関し内部規定はどうなっているのか（規定自体取り寄せておくべきである。）、同規定に照らし問題はないのか、についてまで検討しておかねばならない⁹⁶⁾。

刑事弁護実務を指導する論稿では、弁護人として、単にビデオ等の客観証拠を入手して（捜査機関手中のもの〔証拠開示による〕だけでなく、被疑者の知人等現場に言わせた者が撮影したもの⁹⁷⁾）検討することはもちろんのこと、さらには、撮影・保全がなされていないこと自体が警察の内部規定違反であることを指摘し、現場で不利な状況があったから撮影・保全されなかった、ひいては警察官には隠ぺい糊塗の意図があったことの立証に努めることが推奨されている⁹⁸⁾。裁判例を分析すれば、確かにこのような弁護活動が極

96) 東京地判平成23年9月14日（裁判例16）は、任意同行の適否が争点となった事例であるが、応援臨場した警察官1名が写真撮影役を務めることになったにもかかわらず、同行の重要な場面の写真がないことに裁判所は不審を強めており、被告人の供述の信用性を排斥できない理由の一つとしている。

97) 秋田真志＝月田紗緒里「事例報告③ 大阪地判平成29・3・24 動画が違法認定の決め手となって無罪となった事例」季刊刑事弁護97号69頁（現代人文社・2019年）は、大阪地判平成29年3月24日（裁判例39）についての担当弁護人による事例報告論文であるが、現場にいた被告人の知人がスマートフォンで撮影した画像を入手したことを公判前整理手続における弁護活動に生かし、警察官が被告人を転倒させていながら「足が絡まってこけた」旨警察官に虚偽供述していたことを明らかにできた旨報告している。

98) 金岡繁裕「違法捜査を争う―捜査・公判準備編」季刊刑事弁護97号33頁（現代人文社・2019年）、坂根真也「捜査官の反対尋問―基礎編」季刊刑事弁護97号41頁（現代人文社・2019年）。金岡論文では、パトカーの前で発生した公務執行妨害事件で、ドライブレコーダーの映像データが運用基準に従って保存されなかったことが、警察官らが「自分たちにとって都合の悪い点を隠しているのではないか」と判示があった裁判例を紹介し、警察の内規を入手しておくこと

めて有効であることが分かる⁹⁹⁾。

また、検察官として、録画画像の有無の確認を急ぐあまり、警察官に性急に確定回答を求めるのは避けるべきである。指示を受けた警察官（仮に捜査主任であっても）が全てを承知しているわけではない以上、調査の時間も必要だからである。むしろ、その時点で発見・保全に至らなくても引き続きの探索や画像復元を求めておくべきであろう。

もちろん、画像不鮮明のため重要な場面の詳細が判明しない場合には、画像鑑定など適宜専門家の助力を借りることも厭うてはならない¹⁰⁰⁾。

仮に現場で警察官による問題行動があったとして、その場面を含めて警察官が録画撮影していること、その画像を保全のうえ証拠化あるいは検察官に適切に報告していることは、警察官による隠ぺいの意図がなかったこと、さらには事案によっては令状主義潜脱の意図がなかったことの立証に役立つであろう¹⁰¹⁾。

の重要性を指摘している（同論文39頁、40頁）。また、坂根論文では、単に記録化・証拠化されていないことではなく、それが容易であったこと、将来違法捜査の主張が十分に予想されたことまで留意することが、弁護人としての「捜査官への反対尋問の基礎的技術」であると指摘されている（同論文・44頁）。

99) 南川学「違法収集証拠排除法則に関する近時の裁判例の紹介」季刊刑事弁護97号52頁（現代人文社・2019年）は、排除法則に関する近時の多くの裁判例を詳細に検討した上で、「警察官が職務質問等の場所に防犯カメラがあるにもかかわらず撮影しなかったことや防犯カメラの映像を直後に保全しなかったのは、警察官の令状主義を潜脱する意図を肯定する方向に働く事情」と指摘している（同論文・57頁）。

100) 中井淳一「事例報告⑤ 東京高判平成30・6・22 公務執行妨害の事実が否定され、尿の鑑定書が違法収集証拠と認められた事例」季刊刑事弁護97号80頁（現代人文社・2019年）は、東京高判平成30年6月22日（裁判例56）についての担当弁護人による事例報告論文であるが、公務執行妨害・覚せい剤取締法違反事件で第1審では有罪となったものの、控訴審で行った防犯カメラ画像の解析鑑定により、警察官証言が同画像と整合しないことが判明し、無罪に至ったことが報告されている。

101) もちろん、「隠ぺいの意図」と「令状主義潜脱の意図」とは異なる概念であり、必ずしも前者の否定が後者の不存在を意味するわけではない。東京高判平成19年9月18日（裁判例9）は、職務質問等の場面を警察官がビデオ撮影していたからといって、令状主義潜脱の意図がなかったとまではいえないとする（同事案では、同ビデオの存在についての検察官への報告が遅れたことで、むしろ警察官がビデオの公表を逡巡していたとの疑いが指摘されている。）。しかし、現場の警察官が依頼して警察署の防犯カメラでの撮影録画されていたことが、令状主義潜脱の

エ 令状の疎明資料を入手して問題点がないか確認しておくこと

前記のとおり、令状の疎明資料の不適切記載や公判供述との食い違いにつき、裁判所の評価が厳しくなっている。

職務質問等が端緒となり、その後、捜索差押許可状（強制採尿令状を含む）により薬物の押収又は採尿に至った事案にあっては、その令状の疎明資料を確認検討しておく必要がある。未送致のものがあれば至急送致を受けることはもちろん¹⁰²⁾、送致記録に含まれていても、どの範囲の書類が令状審査のために用いられたのか明確にしておく。

前記防犯カメラ等の客観証拠との食い違いや報告書類の相互の矛盾がないかどうかを精査することはもちろん、不適切な表現（例えば、被疑者の当時の身体的特徴等に関する誇張等）はないか、本来記載されるべき事実が漏れていないかにも留意を要しよう。

オ 証拠収集経緯につき供述調書等に証拠化しておくこと

以上の客観証拠や疎明資料等の検討、関係警察官からの事情聴取などにより、証拠収集の過程における警察官の言動に問題があったことが浮上することもある。また、前記場面における令状請求は非常に慌ただしい状況の下、複数の警察官が関与する中で行われることが多く、疎明資料の記載に、時間の制約等に由来する意を尽くしていない表現や脱漏、あるいは連絡不足による不正確な記載があるかもしれない¹⁰³⁾。

意図や事実の隠べいの意図がなかったことのひとつの理由とされ、結果としても証拠能力肯定に至った裁判例もある（大阪地判平成29年9月6日（裁判例46））。

102) 問光洋「事例報告① 東京高判平成28・6・24 令状請求の疎明資料への虚偽記載を重大な違法と認定した事例」季刊刑事弁護97号61頁（現代人文社・2019年）は、強制採尿令状の疎明資料の記載が問題となったケースである東京高判平成28年6月24日（裁判例32）についての担当弁護人による事例報告論文であるが、被告人を警察署に同行させた理由となった前日の交通トラブルに関する「相談等受理票」「相談等処理票」（いずれも未送致であった）の証拠開示を受け、令状請求の疎明資料への虚偽記載が判明し、これが決め手となって控訴審において無罪となったことが報告されている。

103) 東京高判平成18年9月12日（裁判例6）、東京地判平成26年7月14日（裁判例24）及びその控訴審（東京高判平成27年3月4日）、札幌地判平成26年8月25日（裁判例25）及びその控訴

その場合には、改めて供述調書・報告書等に証拠化し、事実関係を訂正補充することをためらうべきではない。問題点を顕在化させた上で、「違法の重大性」に至っているかを検討すればよく、ここで問題点を看過・封印したり、矮小化に手を貸すことは、職責に反することはもちろん、後に警察官に公判での偽証につながるおそれがあり、絶対にあってはならない。

むしろ、早期に証拠化しておき、勾留延長請求の疎明資料に加え裁判官の令状審査を受けておくのも一案である。もちろん、そうしたからといって、先の違法が遡及的に解消されるわけではないが¹⁰⁴⁾、警察官が検察官に、検察官も裁判官に、それぞれオープンな姿勢でいたことが、隠ぺいの意図不存在の証左となろう¹⁰⁵⁾。

カ 「収集過程の違法」があれば放置せず指導しておくこと

裁判実務家においても、違法な捜査が行われた疑いがある場合における当該捜査の責任者がなすべきこととして、捜査の実情の早期把握に加えて、「手

審（札幌高判平成26年12月18日）などは、複数の警察官関与事例における連絡不足に由来する不適切記載等が問題となっている。澁谷・前掲注81）178頁は、疎明資料作成者と現場対応者が異なる場合には、①作成者において、現場対応者から十分な報告・説明を受け、その報告内容と作成者の直接体験事実との間に齟齬がないかを慎重に確認すること、②作成者だけでなく他の警察官からも被疑者の嫌疑を示す重要な事実を正確に記録・記憶しておくことが重要と指摘する。もし、②の記録化が不十分であれば、起訴前に検察官において行っておくべきと思われる。

104) 勾留延長請求の令状審査は、刑訴法208条の「やむを得ない事由」、すなわち捜査を継続しなければ検察官としては処分を決し得ないことなどを中心に行われ、それまでの捜査の適法性についてまで十分な審査ができるとは限らない。平成15年判例が、第一次証拠たる尿等につき証拠排除しながら派生証拠（覚せい剤等）については証拠能力を肯定した理由のひとつとして捜索差押許可状の存在を挙げたことにつき、令状審査の実情として先行手続の違法の有無・程度まで実質審査できないとして批判する見解が裁判実務家からも述べられていた（大澤＝杉田・前掲注8）79頁、80頁〔杉田発言〕。高木・前掲注4）11頁同旨）。

105) 平成15年判例の調査官は、令状裁判官には違法捜査をチェックする機会とは与えられていたこと、捜査機関としても、いわば手の内を裁判官にさらすことにより、違法捜査を指摘されて、令状請求が却下されるリスクを負うことを指摘して、令状審査を受けたことが派生証拠の違法を減ずる要素と考えることは可能とする（朝山・前掲注4）50頁）。また、丸橋・前掲注44）282頁も、同様に、平成15年判例に関連して、「司法審査を受けるという手続遵守の姿勢が、先行手続を隠蔽しようとする捜査官の意図を遮断ないし希釈すると考える」と指摘する。

続の瑕疵を治癒するために必要かつ相当な措置は何かを速やかに決断し、即座に実施することが求められる」旨の重要な指摘をしている¹⁰⁶⁾。

問題は、「瑕疵を治癒するために必要かつ相当な措置」とは具体的には何かである。ひとつは、先に述べたとおり、検察官として自らの解明により判明した事実関係を証拠に反映させることであろう。

加えて、検察官としては、問題点を放置せず、取調べ等の機会を利用して再発を防ぐべく関係警察官等に対し法律上の問題点を十分に理解させ指導しておくことも、かかる措置に挙げられよう。

さらに、起訴した事件（警察官の言動に行き過ぎなどの問題があったとしても、その際の状況、係争の証拠との因果性のほか、事案の重大性等も考慮し、証拠能力肯定の余地があるとして、起訴するとの判断に至ることもあろう。）にあっては、その指導事実を適宜記録化し、公判担当検察官に引き継いでおくことが望まれる。

警察官が自らの捜査における問題点を十分に認識ないままで証言に臨んだのでは、裁判所をして政策的観点からの証拠排除の判断に至らせる原因となりかねない。裁判例においても、「警察官らは、本件におけるような強度の有形力行使が任意同行でも許されると判断していたということになり、その誤解にはゆゆしきものがある。警察官証人…の各公判供述にもかかる供述部分があるが、警察官としてあるまじき認識である」と指摘されたもの（宇都宮地判平成18年8月3日（裁判例5））、警察官による「令状のことは当時はよくわからなかった」旨の証言があったことにつき「警察官らの令状制度に対する理解の乏しさ、関心の低さは深刻である」と指摘されたもの（横浜地判平成23年3月8日（裁判例14））、（長期間にわたるビデオ撮影の適否が問題となった事案において）「本件撮影に問題があることは明らかであるにもかかわらず、P4証人は、本件撮影について何ら問題はなかったと考えている旨…述べているのであって、警察官として本件撮影の問題点を当時のみ

106) 安東章「刑事事実認定重要事例研究ノート 第13回 違法収集証拠について（その2）」警察学論集68巻3号175頁（2015年）

らず現時点においても理解していないことは明らかである」として、このような警察官の証言内容・態度に照らせば、証拠排除の必要性が高いと判示したものがあつた（さいたま地判平成30年5月10日（裁判例54））。そこで、刑事弁護の立場からは、警察官において、手続時における違法があるのみならず、それを「嘘で言い逃れようとし続け、反省もない」ことを弁護側のケースセオリーとする実例が報告されている¹⁰⁷⁾。

検察官が、積極的に指導を行い再発防止に尽くすことは新たな「事後の違法」の発生を防止し、将来の違法捜査抑制に資することはもちろん、前記弁護戦術への対応策ともなろう¹⁰⁸⁾。

(2) 公判段階等における留意点

ア 記録の早期確認と証拠開示への適切な対応

以上述べた諸点は、主任検察官（起訴検察官）において起訴までの捜査として行っておくべきではあるが、起訴後に至つて違法収集証拠が争点として顕在化した場合には、公判担当検察官において行うほかはない。

特に、争点関連証拠開示請求への対応としては、前記のとおり、未送致の資料についても十分に留意する必要がある。

イ 適切な立証方針の策定

被告人が警察官の違法（例、過剰な有形力行使・留め置き等）を主張し、警察官がこれを否定する構図が典型的である。検察官における捜査によつても捜査が適法（又は少なくとも重大な違法がない）との心証に至つた場合で

107) 秋田＝月田・前掲注97)の論文72頁では、前記（前掲注97)）のとおり、警察官Aが被告人を転倒させたことが動画により判明したところ、このようなケースセオリーの下、同警察官の先輩警察官Bの証人尋問に臨み、動画存在が判明したにもかかわらず警察内部で検証作業も行われず、Aが処分を受けるところか「褒められていた」旨の証言をBから引き出し成功した（その証言の瞬間、検察官が頭を抱えた）と報告されている。

108) 逆に、検察官が、警察の捜査の問題点に気付いていながら放置していた場合には、先の弁護人のケースセオリーには、「違法を反省しない警察」に「これを黙認したまま利用する検察」が加わってしまうのではないかと。

あるが、立証方針として、従来のように、複数の警察官の供述の相互一致と被告人供述の弾劾を重視するのはもはや不十分であることは、先に述べた裁判例の検討結果から明らかであろう。

客観証拠や第三者的立場の者の供述等を中心として、いわゆる「動かしがたい事実」を固めた上、警察官の供述が、かかる事実と整合しており、任意採尿・所持品検査等の証拠収集に至った経緯等が無理のない自然なものであって、その信用性が高いことを基軸に置くべきである。その上で、被告人の供述に、前記動かしがたい事実との矛盾や初期供述からの不合理な変遷、警察官の言動に対する誇張はないかなどに留意する。

職務質問から証拠獲得まで多数の警察官が関与していることが多いが、供述の一致に過剰に拘泥すべきではない。各警察官の関与時期、所在場所が一樣ではなく、またその現場臨場の役割の相違から当時意識の上で何を重視していたかなども異なる以上、細部の点で認識が完全に一致することの方が希有だからである。むしろ相違点があっても、それが合理的に説明できるならば、供述は整合しているのである。

警察官らにおいては、違法と判示されることを恐れる余り、他の証拠からして整合しない、あるいは不自然な供述に固執する場合もあるかもしれない¹⁰⁹⁾。

しかし、その場合には、証人テストの場で、例え他の警察官の供述内容と異なる場合でも記憶喚起に努めても一致しないならば、記憶通りに証言しなければならないこと、またあとから振り返って冷静な目でみれば現場での言動に過剰な点、反省点などがあれば、法廷では隠さず率直に事実関係を含め証言するように助言しておくべきである¹¹⁰⁾。

109) 弁護士務家から、捜査官が、自らの行為が適法であると主張したいがために、あり得ない供述をしたり、嘘に嘘を重ねることがあり、そのような場合には、嘘を重ねさせて（「防衛ラインを上げさせる」と表現する）弾劾すると戦術が紹介されている（坂根・前掲注98）43頁、44頁）。

110) 裁判例で疑いの目を向けられているように、警察官らが予め打ち合わせの上で都合の悪いことについては証言を回避するよう口裏合わせをしている場合もあるかもしれない。個人的な

偽証などあってはならないというだけでなく、警察官が誠実な態度で証言することが、結局は、裁判所からの信頼を得て、証言全体の信用性確保につながる（場合によっては、違法の重大性が否定され証拠排除に至らないこともある）をよく理解しておいてもらわなければならない¹¹¹⁾。

ウ 警察との勉強会等を通じての指導、意見交換

しかし、この「事後の違法」の問題については、事件を担当する個々の検察官の努力だけでは如何ともし難い事項もある。例えば、令状の疎明資料への不適切記載は、送致前の段階のことである。

そこで、個々の事件を通じての指導に加え、警察との勉強会、警察学校への講師派遣の際などの機会を利用し、「事後の違法」に対する裁判所の厳格な態度・判断を紹介し、問題の深刻さを共有しておくことも肝要であろう。

その際、一方的に警察官の対応を批判するのではなく、現場の実情や苦勞にも耳を傾け、法遵守のための実践的な助言が望まれる。

保身や身内庇いだけでなく、将来の国家賠償への対応も視野に入っているのかもしれないが、そのようなことは、既に述べた裁判所の厳格な態度、刑事弁護技術の高度化に照らし、有害無益というほかはない。

111) 京都地判平成30年1月18日(裁判例51)は、職務質問から逃走した被告人を制止するためH警察官が過剰な有形力(背後からタックル)を行使したかどうか争点となり、これを同警察官が否定する証言をしたものの信用できないとし、同行使はあったとの認定に至っているものの、他の警察官がH警察官の証言に沿う証言をしていないことを指摘して捜査機関としての違法捜査隠ぺいの強い意図があったことが否定され、結局は、係争の証拠の証拠能力が肯定されるに至っている。また、警察官の証言の信用性が認められ、判文上不適切行為の摘示がない裁判例については本稿の直接の検討外であるものの、福岡高判平成24年5月16日高裁速報集平成24年242頁は、警察官が令状執行中に被告人が携帯電話で弁護士に連絡するのを不当に妨げたことが争点となった事案で、警察官らの供述につき、概ねの相互一致、客観的な裏付けがあることのほか、預かった携帯電話の返却要求を拒んだこと、連行中に有形力を行使したことなど、適法性が問題となり得る出来事についても率直に供述していることを指摘して、相応の信用性を認めている。なお、東京地判平成15年7月31日(裁判例1)も、捜索に先立ち警察官による被告人に対する行き過ぎた有形力行使があったと認定し、同警察官の供述の一部については信用性を否定したものの、同警察官が、自己に不利となり得るような事実を含め供述していることで、なお全体としての供述の信用性が維持されている(証拠能力も肯定。ただし、平成15年判例から間もない頃のものであり、「事後の違法」に対する裁判所の厳しさが増す時期以前のものである。)

当然、職務質問、任意同行等の場면을積極的にビデオ等で撮影録画することは推奨されるべきであろう。

エ 適法性に関する適切な争点形成

以上の諸点に努力を重ねた上で、検察官としては、裁判所に、証拠関係及び現在の判例法理を踏まえた適切な判断を求めるべきである。

まず、排除法則の適用に関しては、昭和53年判例以来、証拠収集の違法こそが排除事由であることを強調し、違法があったとしても、法規からの逸脱の程度、実際の法益侵害程度、違法行為の状況（特に緊急性の有無）などの違法の客観面を基軸とした争点形成に努めるべきであろう¹¹²⁾。

検察官は、法律家として捜査手続の適法性にも目配りをするのはもちろんであるが、捜査機関としての権限や経験もあることから、警察官が問題のある行為に出た経緯、動機、状況など捜査の実情を踏まえた説得的な主張ができるはずである。

また、裁判所の意識が、警察官の主観面ばかりにいかないようにするためにも、前記のとおり、「事後の違法」を放置容認せずこれを抑止する姿勢を堅持しなければならない¹¹³⁾。

112) 同様に、検察実務家からも、重大な違法判断に当たって、違法の客観的側面が重視されるべきであり、主観的側面を重視することによって、非論理的な推認を許すことがないよう、検察官として適宜指摘していく必要があるとの指摘がなされている（渡辺・前掲注2）393頁）。研究者からも、先行の違反が令状の根幹をなす要件の違反ではないのに意図的に行われさえすれば「令状主義の精神を没却するような重大な違法」が認定されるというのでは、これまでの最高裁の立場に適合しない旨指摘されている（柳川・前掲注2）125頁）。

113) 鹿児島地裁加治木支判平成29年3月24日（裁判例38）は、被告人を検挙する目的で無施錠の自動車内に飲食物を置き、被告人がこれに対して車上狙いの窃盗に実行に出たところで現行犯逮捕した捜査手法のことを「なりすまし捜査」と呼び、被告人には車上狙いの嫌疑はあったが通常の捜査手法（尾行や張り込み）で捜査を遂げる困難はなかったとして、当該なりすまし捜査を違法と判断している。しかし、尾行や張り込みを継続することが必ずしも容易ではなく、また検挙方法として実効的かどうかには疑問もあるはずである。しかし、判文を見る限り、通常の捜査手法によることの困難性が警察官証言によって公判に顕出された形跡がない。そうだとすれば、争点が「事後の違法」（警察官が、なりすまし捜査を秘匿し、公判でもこれを否認する供述に出たこと）の有無が向けられたため、「なりすまし捜査」の必要性に関する捜査側

オ 立証責任に関する留意点

次に、証拠排除の判断に当たって、立証責任に関する理論が範囲も含め適切に適用されているかにも目配りする必要がある。

前記のとおり、捜査の適法性を基礎付ける事実（訴訟法的事実）についての立証責任は検察官にある。これを、前記のとおり、「疑わしきは被告人の利益に」の原則で説明する裁判例がある¹¹⁴⁾。しかし、訴訟法的事実について、犯罪事実に関する判断と全く同様に同原則が機能するわけではない¹¹⁵⁾。ま

の事情につき立証が十分になされなかったとも思料され(仮に警察官証言がなされたとしても、裁判所がこれを信用していない以上、相手にされなかったであろう。)、その意味で残念な事件である。

- 114) もっとも、訴訟法的事実の立証責任の所在に関し、プロレオ原則に依拠して説明することについては疑問がないではない。自白の任意性について検察官が立証責任を負うことは、プロレオ原則ではなく、通常の訴訟法的事実の立証責任の一般理論に依拠するか、又は「任意にされたものでない疑のある自白」(刑訴法319条1項)の文言に求める見解が一般的だからである(条解刑訴・前掲注84) 827頁、中山善房・河上和雄ら編「大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕」7巻557頁(青林書院・2012年)、植村立郎・河上和雄ら編「注釈刑事訴訟法〔第3版〕」6巻322頁(立花書房・2015年)。また、指導判例である最判昭和32年5月31日刑集11巻5号1579頁も、プロレオ原則には言及していない。)
- 115) 被告人側請求の証拠の証拠能力を基礎付ける事実の立証責任は、訴訟法的事実に関する立証責任の一般原則に従い、被告人側にある。

「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、証明基準に関しては、「合理的な疑いを入れない程度の証明」と結びついているが、訴訟法的事実については、一律にその程度の立証が求められるわけではない(酒巻・前掲注6) 487頁)。もっとも、重要な法的効果を生じる場合には「証拠の優越」程度では足りないとして、例えば、「自白の任意性」については「確信」程度の証明が求められるとされている(石井②・前掲注8) 530頁、植村・前掲注114) 323頁)ので、排除法則の基礎事実も同様に考えることにも理由がないわけではない。しかし、米国においては、証拠排除審理手続(suppression hearing)における証明基準は、「証拠の優越」(a preponderance of the evidence)とされている(United States v. Matlock, 415 U.S. 164 (1974) [邦語文献として、平澤修「同居者の同意に基づいて捜索・押収された証拠の証拠能力、証拠排除手続における伝聞法則の適用」鈴木義男編「アメリカ刑事判例研究 第1巻」82頁(成文堂・1982年)。ただし、証明基準に関する判示部分の紹介はない。))。

また、東京高判平成30年1月12日(裁判例50)は、係争の証拠が違法と認定されたGPS捜査と密接関連性を有するかどうかの認定に当たり、本件GPS捜査を実施しなかったとしても同証拠を獲得できたかどうかについて検察官の立証が不十分で不明であることを理由に「密接関連性がなお否定できない」として証拠能力を否定した。これは「密接関連性」に関する立証責任の所在が検察官にあるとするものであるが、証明基準には言及はない。

もっとも、米国では、不可避的発見の法理の「不可避性」の立証に関しては、第二次ウィリアムス判決により、訴追側が「証拠の優越」によって立証すれば足りるとされている(小早川

た、法的評価としての「違法の重大性」「排除相当性」の判断についてまで同原則が及ぶものではない。昭和53年判例が、違法に収集された証拠物の証拠能力に関し「違法の重大性」「排除相当性」の二つの要件の下でこれを否定されるべきものとの判示の前に、「その押収手続に違法があるとしても直ちにその証拠能力を否定することが…相当でない」と判示している以上、前記立証責任により違法性を基礎付ける事実があったと扱われたとしても、その違法が重大といえるかどうか、証拠として許容することが相当ではないかどうか、判断しかねる場合には、原則どおり、証拠は排除されないと判断に至るべきというのが同判例の趣旨であると解されるからである¹¹⁶⁾。

また、立証責任の所在により警察官が供述する事実ではなく被告人の供述する事実を前提とし、排除法則の適用上、報告書類の記載やその公判供述が、客観的には事実と反するものとして扱われるとしても、直ちに「意図的な虚偽記載」「偽証」との評価をすることは飛躍があると言わざるを得ない¹¹⁷⁾。

義則「毒樹の果実論—証拠法研究第二巻」502頁（成文堂・2010年）。なお、同判決の邦語文献につき、柳川重規「71 Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)」渥美東洋編「米国刑事判例の動向IV」729頁（中央大学出版部・2012年）参照。

いずれにせよ、訴訟法的事実に関しては、「立証責任」「証明基準」等につき、犯罪事実等とは異なる部分もあるので、今後議論を深めていく必要がある。

116) 吉田雅之の「[問題3] 電柱にしがみつくと不審者」井田良ほか編「事例研究刑事法II 刑事訴訟法〔第2版〕」605頁（日本評論社・2015年）は、「証拠として許容することが相当でない」と認められる」との判示文言から、証拠として許容することが相当であるか否かについて、いずれとも断じ難い場合には、排除相当性の要件を満たさないと説くが、昭和53年判例の判断構造を率直にみれば、「違法の重大性」についても同様と解すべきであろう。

なお、さいたま地判平成30年7月27日（裁判例57）は、「以下の認定、判断に際しても、刑事裁判における『疑わしきは被告人の利益に』の鉄則が当然に当てはまる。」「認定」のみならず「判断」にまで同原則を及ぼすとしている。「判断」が何を指すのか判文上必ずしも明確ではないものの、もしこれが「法的評価」を意味するならば一般論としては異論があり得よう。

117) 宇都宮地判平成29年5月22日（裁判例42）は、令状の疎明資料の虚偽記載が争点となった事例において、その証拠決定文にある「明らかな虚偽と評価できる」との判示文言の趣旨が「故意による虚偽」の意味ではなかったとしつつ、令状裁判官の判断を誤らせる危険性につき、疎明資料の誤りが意図的なものであっても過誤によるものであっても、少しの根拠があろうと変わらぬとし、「その誤り（虚偽）の悪質性・違法性が高い」としている。しかし、問題が、当該違法の程度の評価なのであるから、事実と異なる記載が故意の場合と過誤の場合とを同一

もっとも、繰り返しになるが、このような検察官の主張が説得性を持つためには、前提として、警察官による「事前の違法」はもちろん「事後の違法」もまた決して放置容認しないとの姿勢にかかっている。

カ 排除相当性に着目した新たな立証方針の策定

起訴後、弁護人から「捜査の違法」があるとして排除法則の適用による証拠排除の主張があった場合、公判担当検察官としては、「捜査の違法はない」「仮に違法との評価があり得てもその違法は重大ではない」など「違法の重大性」に焦点を当てた立証方針を採るのが一般ではなかろうか。すなわち、重畳説を前提としつつも、「排除相当性」に関する主張はほとんどしてこなかったと思われる。

しかし、前記のとおり、検察官において、所要の捜査を行い、警察官の不適切ないし違法な言動があったことが判明した場合、裁判実務家が指摘するところの前記「手続の瑕疵を治癒するために必要かつ相当な措置」として、判明した事実関係を的確に証拠化すること（弁護側への証拠開示、争点となった場合の公判での顕出も含む）はもちろん、積極的に警察に対し指導するなど事後の再発防止に向けて措置を講じた場合には、「証拠として許容することが相当でないと認められる」に至っていないとして、排除法則を適用すべきではないと主張することも検討されてよいであろう¹¹⁸⁾。

既に、平成15年判例の調査官は、このような瑕疵の治癒に向けた事後的な措置を「排除相当性」にかかわる内容と位置付ける見解を示していた。すなわち、同判例の事案において、もし警察官が公判廷において事実をありのま

視しているのは適切ではなかろう（なお、判文によると、検察官が、論告において、疎明資料の記載の真偽が不明な場合には令状請求が違法となる根拠となり得ないと主張したとあり、そうだとすれば、その論告中の主張にも賛同できない。法的評価の前提となる事実についての立証責任はやはり検察官にあるからである。）。もっとも、控訴審（東京高判平成29年11月20日）においては、虚偽記載の事実が否定されて原判決が破棄されている。

118) 仮に当該違法が重大であっても、「排除相当性」の充足が否定されるならば、証拠排除に至らないというのが重畳説の論理的帰結だからである。

まに証言した場合「にも、依然として『違法の重大性』は満たされているが、警察官が裁判所の適正な事実認定を妨げなかったとして、あえて証拠を排除するに及ばないと判断することも不可能ではないであろう。このような場合には、警察官の事後的な態度を評価して、『排除相当性』の要件が欠けると判断することになろう。」としていたことに、改めて注目すべきである¹¹⁹⁾。

今回の検討でも、かかる見解を明示的に採用した裁判例に接することはできなかつたが、逆にこれを否定したものもないのである。これは、これまでの検察官が、「排除相当性」に関する主張をしていなかったことを意味するに過ぎない。

もちろん、前記調査官の見解を前提としても、「違法の重大性」が肯定されながら、違法捜査再発防止に向けての事後的措置が行われたことにより「排除相当性」が欠けるとの判断に至るかどうかは、当該違法の程度や内容はもちろんのこと、検察官において、どこまで実効的かつ厳正な措置を講じることができるかにも左右されよう。

キ 違法捜査の抑制のための措置権限

最後に、検察官として、警察に対する、違法捜査の抑制のための措置権限について付言する¹²⁰⁾。

現行刑事訴訟法は、司法警察員と検察官をそれぞれ独立の捜査機関としており（法189条・190条と191条）、警察官の違法行為についての監督上の措置はあくまで警察組織内で行われるものあって、前記で述べた検察官による再発防止のための措置も、公訴維持に責任を持つ公訴官としての事実上の指導

119) 朝山・前掲注4) 43頁。同様に、別の裁判実務家からも、平成15年判例の事案を前提に、警察官による真実の証言と再発防止の誓約、あるいは検察官による将来における違法捜査抑制のための強力な措置があったとすれば、結論が異なつたとの指摘がある（安廣・前掲注4) 505頁）。

120) もとより、裁判所には、警察を監督指揮する実定法上の根拠規定は存在しない。そもそも、「弾劾主義の下では裁判所は捜査機関を監督・規律する機関ではない」とされる（柳川・前掲注50) 722頁）。

であり、捜査機関同士の相互の協力関係（法192条）の下でその指導内容が実施されていくものであろう。

刑訴法施行直後から、検察官と警察との関係につき激しい議論があり、法193条1項の一般的指示権の対象範囲として、警察の捜査それ自体を適正にするために一般的指示をなしえるかについても、積極・消極の両説が説かれていたところである¹²¹⁾。

しかし、このような議論にかかわらず、本稿で述べてきたとおり、排除法則に関する新たな視点（①検察官は、証拠の訴訟法的価値につき、媒体の収集のみならず保全・利用という過程においても適切に保持・顕出すべきものであること、②事後的な対応措置が排除相当性の要件にかかわるものであること）などを考慮すれば、将来の違法捜査抑制のための措置は、事後的な措置であっても、まさに公訴維持のための捜査ないし公訴の遂行を全うするために必要な事項に含まれることは明らかである。

したがって、警察官による「事後の違法」を防止しつつ、将来の違法捜査抑制のための措置を講じることは、公訴官である検察官に期待される役割のひとつでもあるが、仮に、当該措置の実施につき警察の協力が得られないならば、前記排除法則に関する考えの下では、法193条2項・3項に基づく一般的指揮権・具体的指揮権の行使の対象となり得ると解される。つまり、前記排除法則という法準則を媒介にすることにより、警察の捜査の適正に向けた権限行使の実定法上根拠を見出すことが可能となる。

121) 議論の詳細は、馬場義宣＝河村博・河上和雄ら編「大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕」4巻107頁以下（青林書院・2012年）、加藤康榮「新生検察官論」298頁以下（北樹出版・2017年）参照。

番号	裁判例・出典	収集過程の違法	判断
	(事件)	判文に現れた不適切行為	
1	東京地判平成15年7月31日判タ1153号303頁(覚せい剤取締法違反)	警察官が、被告人に対し、捜索差押許可状の執行への立会を求めるときに行き過ぎた有形力行使 ○同警察官の公判供述の一部の信用性を否定(事後の行為・考慮事情とせず)	捜索により発見された覚せい剤等の証拠につき、排除せず
2	佐賀地決平成16年9月16判時1947号3頁①事件(証拠決定)、佐賀地判平成17年5月10日判時1947号3頁②事件[本案](殺人事件) ※控訴審(裁判例7)で維持	起訴後の勾留中の違法な余罪取調べ(違法に取調受忍義務を課した取調べであり、実質的に令状主義を潜脱する違法がある) ○事後的に本件(余罪=殺人事件)取調べの時間に関する報告書の記載について実際よりも終了時刻を早める旨の改ざんを行っていた(事後の行為・考慮事情とする[将来の違法捜査抑制の必要性はより強いと指摘])	被疑者作成の上申書等の証拠につき、排除(ただし任意性も否定)
3	福岡地決平成17年12月7日LEX・DB25451674(覚せい剤取締法違反等事件)	警察官による、警職法2条3項に違反する強制的な任意同行等 ○任意同行及び取調状況報告書の記載内容と整合しない、などの理由で警察官の公判供述の信用性を否定(事後の行為・考慮事情とせず)	任意同行後の強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
4	大阪地判平成18年6月29日LLI/DB L06150156(覚せい剤取締法違反事件)	警察官による違法な所持品検査(被告人のズボンのポケットの内容物を下からつかんで押し上げて意図的に落下させた行為) ○上記行為を否定する警察官の公判供述の信用性を否定(事後の行為・考慮事情とせず)	発見された覚せい剤等の証拠につき排除(ただしその後の強制採尿令状による尿に関する証拠は排除せず)
5	宇都宮地判平成18年8月3日LEX・DB28115447(覚せい剤取締法違反事件)	警察官による違法な任意同行及び逮捕 (1)強制採尿令状の疎明資料となった捜査報告書には「任意同行」と虚偽記載(収集過程の違法・令状介入による関連性希釈せず)、(2)複数の警察官が公判において上記実力行使を正当化すべく新たな不自然な供述をした(2)事後の行為・違法捜査の隠蔽であるとして違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
6	東京高判平成18年9月12日高裁速報集平成18年155頁(覚せい剤取締法違反等事件)	警察官が現行犯逮捕したにもかかわらず他の警察官がこれを看過し爾後緊急逮捕の手續が取られたもの (1)内容虚偽の緊急逮捕手續書及び捜査報告書の作成、(2)警察官の原審証言は信用できず非難に値する((1)(2)とも事後の行為・逮捕の違法の隠蔽ではないとして考慮事情とせず)	証拠(判文では不明)につき排除せず
7	福岡高判平成19年3月19日高裁速報集平成19年448頁(殺人事件)※裁判例2の控訴審	起訴後の勾留中の違法な余罪取調べ(違法に取調受忍義務を課した取調べであり、実質的に令状主義を潜脱する違法性の高い取調べ) ○本件取調べの状況に関する捜査報告書の改ざん(事後の違法・将来における違法捜査抑制の観点からも証拠能力否定)	被疑者作成の上申書等の証拠につき、排除(原判断を維持)
8	東京地判平成19年7月12日LEX・DB28145215(覚せい剤取締法違反事件)	任意捜査として許容される範囲を逸脱した疑いが否定しきれない、警察官による任意同行及び署での留め置き行為 ○警察官の公判供述の一部の信用性否定(事後の行為・考慮事情とせず)	任意同行後の強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除せず
9	東京高判平成19年9月18日判タ1273号338頁(公務執行妨害、大麻取締法違反事件)	警察官による、①職務質問後の現場での違法な留め置き、②構成要件を満たさない公務執行妨害罪による現行犯逮捕 ○警察官の公判供述につき、供述の変遷、職質状況を撮影したビデオの撮影内容と異なることなどを理由に信用性を否定(事後の行為・考慮事情とせず)	逮捕後の捜索により発見された大麻等の証拠につき排除

番号	裁判例・出典 (事件)	収集過程の違法	判断
		判文に現れた不適切行為	
10	東京地判平成21年10月29日 LLI/DB L06430496(覚せい 剤取締法違反事件) ※東京高判平成22年6月7日 LLI/DB L06520275で破棄	職務質問中に被告人が弁護士に電話をかけようとしたのを警察官が妨害 ○警察官2名の証言が矛盾しその信用性の一部を否定(事後の行為・考慮事情とせず)	その後に発見された覚せい剤等の証拠につき排除
11	京都地判平成22年3月24日 LLI/DB L06550207(覚せい 剤取締法違反事件)	警察官による二度にわたる違法な所持品検査 ○上記警察官による所持品検査に関する供述(公判供述と思われる)の信用性を否定(事後の行為・考慮事情とせず)	同検査による発見された覚せい剤の所持事実による現行犯逮捕後に採取された尿に関する証拠につき排除
12	松山地判平成22年7月23日 判タ1388号375頁(覚せい剤 取締法違反等事件)	警察官による、①警察署での長時間にわたる違法な留め置き、②別事件での逮捕後の無令状の身体検査 ○無令状で被告人の腕を検査し注射痕がないことを確認したにもかかわらず、強制採尿令状の疎明資料となった報告書には、被告人拒否のため注射痕の有無が確認に至っていない旨記載(収集過程の違法・違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
13	東京地判平成22年8月6日判 タ1366号248頁(覚せい剤 取締法違反事件) ※東京高判平成24年1月30 日東高時報63巻1=12号16 頁、判タ1404号360頁で破棄 (右の①)虚偽記載であることを否定)	警察官による、①職務質問中の違法な有形力の行使、②約5時間35分にわたる現場での留め置き (1)職務質問の開始時刻につき虚偽の記載をした報告書を作成し、強制採尿令状の疎明資料とした(収集過程の違法)②の違法を糊塗するためと評価し、違法の重大性の考慮事情とする)、(2)複数の警察官の公判供述が不自然であるとして信用性を否定(事後の行為・考慮事情とはせず)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
14	横浜地判平成23年3月8日 LLI/DB L06650177(覚せい 剤取締法違反事件)	警察官が、①令状及び立会人なしに車両の検索行為を行い、これを糊塗するため2度目の検索行為を行う、②令状なしに実質逮捕を行った (1)1回目の検索を隠匿するため現行犯逮捕手続書にこれを記載せず、2回目の検索で覚せい剤を発見した旨虚偽の事実を記載(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)、(2)3人の警察官がいずれも事実と反する証言をした(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	その後の現行犯逮捕後に採取された尿に関する証拠につき排除
15	東京地判平成23年3月30日 [本案]判時2114号131頁、 判タ1356号237頁、東京地決 平成23年3月15日[証拠決 定]判時2114号140頁、判タ 1356号247頁(覚せい剤 取締法違反事件)	警察官が、①尿提出しなければトイレに行かせない旨の心理的圧迫を加えて尿提出を迫った、②体調不良の被告人を未明の取調室に5時間余り待機させた ○警察官らの証言には疑問を挟む余地があったとした(事後の行為・考慮事情とせず)	任意提出された尿に関する証拠につき排除
16	東京地判平成23年9月14日 LLI/DB L06630396(覚せい 剤取締法違反事件)	警察官による無令状の逮捕行為にも比すべき違法な任意同行 ○警察官2名の証言について不合理・不自然な点、重要な点における相互の食い違いがあり、信用性に重大な疑問がある(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
17	東京地判平成24年2月27日 判タ1381号251頁(覚せい 剤取締法違反事件)	警察官による違法な所持品検査(注射器等在中のボーチを肛門付近に隠匿していた被告人に対し、パンツの上から股間を触り隠匿物の提出を要求) (1)上記所持品検査の実態を隠したかとも被告人が自発的に注射器を提出した旨の取扱報告書を作成し強制採尿令状の疎明資料とした(収集過程の違法・違法の重大性の考慮事情とする)、(2)警察官3名がそろって公判で真実に反する供述をして所持品検査の実態を隠蔽しようとした(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除

番号	裁判例・出典	収集過程の違法	判断
	(事件)	判文に現れた不適切行為	
18	京都地判平成24年6月7日 LLI/DB L06750277(覚せい 剤取締法違反事件)	違法な別件逮捕(覚せい剤事犯の捜査に利用するために逮捕の必要性の乏しい暴行事実での現行犯逮捕) ○2名の警察官の公判供述はにわかに信用しがたいとした(事後の違法・考慮事情とせず)	逮捕後に任意提出された尿に関する証拠につき排除
19	東京高判平成25年1月16日 東時(刑事)64巻1=12号18頁 (覚せい剤取締法違反事件)	警察官による、嫌疑を欠く公務執行妨害事実(自車をバトカーに衝突させた)による現行犯逮捕(警察官が意図的に被告人車両に衝突させた疑いが強く、被告人車両からバトカーに衝突してきた事実は認められないとした) (1)現行犯逮捕手続書に事実とそごする記載をし、(2)原審公判において、警察官らが同様の事実と異なる証言をして上記違法性を糊塗しようとした((1)(2)とも事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	逮捕中に採取された尿に関する証拠につき排除
20	大阪地判平成25年2月1日 LLI/DB L06850082(覚せい 剤取締法違反事件)	警察官らによる警職法2条2項に反する任意同行(任意同行を拒絶する被告人の体を持ち上げて警察車両に押し込み、交番から警察署に連行した) ○同行を担当した警察官の公判供述につき信用性に乏しいとした(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	同行後の所持品検査で発見された覚せい剤等の証拠につき排除(ただし、所持事実で逮捕された後に任意提出された尿に関する証拠については排除せず)
21	東京地判平成25年2月6日 LLI/DB L06830005(覚せい 剤取締法違反等事件)	別人を被疑者とする覚せい剤事犯の捜索場所から退出しようとした被告人を警察官らが阻止して強制的に捜索に立ち会わせた上(刑法112条で許容される範囲を逸脱した違法)、捜索で大麻・覚せい剤が発見されたことを理由に被告人を現行犯逮捕した (1)現行犯逮捕手続書及び捜査報告書に虚偽事項を記載して強制採尿令状の疎明資料とした(収集過程の違法・違法の重大性の考慮事情とする)、(2)警察官5名が公判で事実と反する証言をした(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
22	広島地判平成25年6月6日 LLI/DB L06850344(麻薬及 び向精神薬取締法違反)	警察官による違法な所持品検査(職務質問に伴い、被告人が携行する手提げバックを取り上げ、内容物を取り出して調べたことは捜索に至る行為と評価) ○職務質問等を担当した警察官4名らが、公判で、いずれも前記手提げバックへの接触を否認する供述をしており、信用できないとする(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	左の所持品検査の最中に被告人の右手袖口から発見されたMDPV等の証拠につき排除
23	静岡地判平成25年11月22日 LLI/DB L06850611(覚せい 剤取締法違反事件)	警察官が、①被告人の内妻方の捜索開始後ドアガード切断するために持参したカッターで被告人の頭部を殴って出血させる暴力を振るった、②被告人を、令状なく警察署に同行し留め置いて実質逮捕した、(③別の警察官が、弁護人の援助を受ける権利を侵害した疑い) ○担当警察官らが被告人の受傷状況や原因を説明しないなど不自然・不合理な供述をし、他の警察官も殴打した警察官を庇って事実を述べていない疑いがある(事後の行為・考慮事情とせず)	連行後に任意提出された尿に関する証拠につき排除
24	東京地判平成26年7月14日 LLI/DB L06930634(覚せい 剤取締法違反、大麻取締法 違反事件) ※ 東京高判平成27年3月4 日東時(刑事)66巻1=12号16 頁、判時2286号138頁で破棄 (令状発付に足りる嫌疑は あった。報告書に意識的な虚 偽があることを否定)	①職務質問に伴う所持品検査のため、警察官が行った強度の説得、長時間の留め置きについて令状発付に足りる覚せい剤所持の嫌疑がなかったとして許容できない、②覚せい剤所持を被疑事実とする捜索差押許可状の発付も違法であり、同令状に基づく差押えも違法 (1)職務質問等の状況につき取扱状況報告書等に虚偽の記載をし、上記令状の疎明資料とした(収集過程の違法・違法の重大性肯定)、(2)職務質問等を行った警察官らが法廷でも重要な事実について記憶違いでは説明できない供述をした(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	左の捜索差押許可状の実施により発見された大麻及び覚せい剤等の証拠、並びに、逮捕後に任意提出した尿に関する証拠につき排除

番号	裁判例・出典 (事件)	収集過程の違法	判断
		判文に現れた不適切行為	
25	札幌地判平成26年8月25日 LLI/DB L06950445(覚せい剤取締法違反事件) ※札幌高判平成26年12月18日高裁速報集平成26年205頁、判タ1416号129頁で破棄(報告書の記載につき職務質問等の内容に関する記載自体ではないとして令状審査を誤らせる危険を否定)	警察官による無令状の実質逮捕(職務質問後、約5時間にとわつたバトカー内での留め置き) ○疎明資料となった報告書に職務質問に関し作成者が直接見聞させず伝聞したものであるのにあたかも本人が見聞きしたとの虚偽記載(収集過程の違法・軽微な違法ではなく尿鑑定書の関連性の強さを減少させない)	強制採尿令状による尿に関する証拠、及び連行先の病院で発見された覚せい剤等の証拠につき排除
26	大阪地判平成26年11月27日 LEX・DB25561485(覚せい剤取締法違反等事件)	警察官による職務質問に伴う違法な所持品検査(被告人の承諾を得ることなくその鞆内を捜索し覚せい剤を発見し、現行犯逮捕) (1)現行犯逮捕手続書に記憶違いでは説明の付かない事実と異なる記載、(2)職務質問をした警察官が、公判においても虚偽の証言をして見ざるを得ない部分がある(1)(2)とも事後の行為、これらを問題とするまでもなく違法は重大)	所持品検査により発見された覚せい剤等の証拠、及び逮捕後に任意提出された尿に関する証拠につき排除
27	大阪地決平成27年6月5日刑集71巻3号149頁(窃盗等事件・GPS捜査)	警察官による無令状で行ったGPS捜査 (1)警察官らは、GPS捜査の実施を組織して保秘するため、捜査報告書等に一切記載せず、(2)公訴提起後で弁護人から主張されるまで、検察官にすらその実施を秘匿した(1)(2)とも事後の行為、違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接に関連する証拠につき排除
28	京都地判平成27年12月4日 LEX・DB25545235(覚せい剤取締法違反事件)	①警察官が、元夫に対する覚せい剤事犯の捜査差押許可状に基づく自宅の捜査に実施に立ち会っていた被告人に対し、捜査終了後も退去せず被告人を採尿の説得のため約3時間留め置き、②留め置き中、被告人が弁護士に電話連絡しようとするのを妨害した (1)強制採尿令状の疎明資料となった報告書につき覚せい剤使用の嫌疑に関し虚偽の記載をした(収集過程の違法・高度の違法性肯定)、(2)警察官2名が、公判において、捜査の違法を糊塗するため、捜査の内容、終了時刻、被告人の言動等について事実と反する証言をした(事後の行為、違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
29	静岡地判平成27年12月10日 LLI/DB L07051122(覚せい剤取締法違反事件) ※東京高判平成28年6月24日(裁判例32)で破棄	警察官が、前日に交通トラブルを起こした被告人に対し虚偽の説明をして警察署に同行させた(錯誤があったとはいえず重大な違法であることを否定) ○強制採尿令状の疎明資料となった捜査報告書に、犯歴照会の実施日や注射痕の確認経緯につき事実と異なる記載をした(収集過程の違法・意図的な虚偽記載ではないとして重大な違法を否定)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除せず
30	東京地判平成27年12月22日 LLI/DB L07031465	交番・警察署への有形力行使を伴う任意同行、警察署への任意同行及びその後の留め置きが違法 任意同行等を担当した警察官の供述の信用性を一部否定(事後の行為・考慮事情とせず)	同行後の任意提出された尿に関する証拠につき排除
31	札幌地決平成28年3月3日判時2319号136頁(けん銃加重所持事件の再審請求事件・おとり捜査)	警察官による犯意誘発型の違法なおとり捜査 銃器対策課の警察官らは、(1)事件後、こぞって内容虚偽の捜査書類を作成し、(2)裁判でおとり捜査の適法性が争われるや、内部で口裏合わせをした上、おとり捜査は行っていないと全く真実に反する証言をした(1)(2)とも事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	おとり捜査による現行犯逮捕によって得られた証拠につき排除

番号	裁判例・出典	収集過程の違法	判断
	(事件)	判文に現れた不適切行為	
32	東京高判平成28年6月24日 東時(刑事)67巻1=12号69頁 (覚せい剤取締法違反事件) ※裁判例29の控訴審	警察官が、前日に交通トラブルを起こした被告人に対し虚偽の説明をして警察署に同行させた(被告人を錯誤に陥れてパトカーに乗車させた疑いがある) ----- (1)強制採尿令状の疎明資料となった捜査報告書に、被告人の覚せい剤使用の嫌疑を抱き、犯罪歴照会の結果、注射痕の存在等からその嫌疑が濃厚となった旨意図的に虚偽の記載をした(収集過程の違法・違法の重大性を肯定)、(2)任意同行を求めた理由や事実と異なる記載をしたことの説明(従来のスタイルを流用した)についての警察官の証言は信用できない(事後の行為・考慮事情とせず)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
33	東京高判平成28年8月23日 判タ1441号77頁(窃盗、建造物侵入事件)	警察官を名乗らず、DNA型サンプル採取目的を秘して、被告人に紙コップを渡してお茶を勧め、その後同コップを回収した(DNA型鑑定結果を疎明資料として被告人の逮捕状を請求し逮捕) ----- ○上記捜査方法については、警察官が上司とも相談の上、最初から令状主義を潜脱する目的で採用したと認めた上で、警察官が、同捜査方法の採用を合理化するため、原審公判において、真実に反する供述、信用することのできない供述を重ねた(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	逮捕後に任意提出した口腔内細胞についての証拠(DNA型の鑑定書)につき証拠排除
34	静岡地裁浜松支判平成28年9月5日LLI/DB L07150751 (覚せい剤取締法違反事件)	警職法上の要件を満たさない、被告人方の立入・保護手続による警察署への運行 ----- ○警察官らの供述の信用性の一部に付き否定(事後の行為・考慮事情とせず)	保護解除後の強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
35	大阪高判平成28年10月13日 判タ1439号127頁(覚せい剤取締法違反事件)	警察官による職務質問に伴う違法な所持品検査(自動車内に置いていた被告人のポーチ在中のコーヒー缶を承諾なく開封し覚せい剤を発見した後現行犯逮捕) ----- (1)現行犯逮捕手続書や搜索差押調書には被告人の明示の承諾を受けて所持品検査を実施した旨記載、(2)担当警察官2名が、原審公判で、被告人の明示の承諾があった旨証言(1)(2)とも事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	所持品検査により発見された覚せい剤等の証拠、及び逮捕後に同覚せい剤等を疎明資料として発付された強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
36	横浜地判平成28年12月12日 判時2392号91頁(大麻取締法違反)	下記(1)のとおり (1)警察官が、被告人の大麻所持事実に関する証拠を作り出す意図で参考人(被告人の同居人)から虚偽の内容を含む供述調書を作成し、これを疎明資料として被告人方の搜索差押許可状の発付を得て、その実施により大麻を発見し、現行犯逮捕した(収集過程の違法)、(2)同警察官は、公判において以上の事実関係を秘匿して証言した(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	左の大麻等の証拠につき排除
37	さいたま地裁越谷支判平成29年2月21日LLI/DB L07250781 (覚せい剤取締法違反事件) ※東京高判平成29年6月28日(裁判例44)により破棄	警察官による任意捜査として許容される範囲を超えた行為(被告人に対する所持品検査、尿提出を求めるための説得行為、5時間余りにわたる留め置き) ----- (1)強制採尿令状の疎明資料となった捜査報告書に被告人の身体的特徴に関し事実ではない記載をした(収集過程の違法・他の記載により嫌疑が認められるとして違法の重大性を否定)、(2)警察官2名の証言の一部の信用性を否定し、別の警察官1名の証言については到底信用できないとした(事後の行為・考慮事情とせず)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除せず

番号	裁判例・出典	収集過程の違法	判断
	(事件)	判文に現れた不適切行為	
38	鹿児島地裁加治木支判平成29年3月24日判時2343号107頁(窃盗事件・なりすまし捜査)	被告人を検挙する目的で無施錠の自動車内に飲食物を置き、被告人がこれに対して車上荒らしの実行に出たところで現行犯逮捕(本判決は、かかる手法を「なりすまし捜査」と呼び、被告人には車上荒らしの嫌疑はあったが通常の捜査手法で捜査を遂げる困難はなかったとして違法と判断) 警察官らは、(1)被告人の検挙においてなりすまし捜査を行った事実を捜査書類上明らかにせず、(2)公判においても同事実を否認する内容の証言をした(1)(2)とも事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	本件なりすまし捜査と直接かつ密接関連性を有する証拠につき排除
39	大阪地判平成29年3月24日判時2364号126頁(覚せい剤取締法違反事件)	警察官らが、①職務質問等を続行するため動向監視中の被告人に対し、車両で逃走しようとするのを阻止すべく、被告人を投げ飛ばして倒し押さえつけるなどの強度の有形力を行使し、②他人の車両に承諾なく乗り込んだ、③強制採尿令状の発付状況を確認していないにもかかわらず、発付されている旨弁護士に返答した 警察官は、(1)弁護士から行為の根拠は何かと繰り返し問われていたことなどに対し、強制採尿令状の発付状況を確認しないまま、既に発付されている旨回答した、(2)起訴前捜査の過程で、上記①の有形力行使の適法性が問題視されていることを認識しながら、当初は「足が絡まってこけた」と報告し、公判前整理手続の段階に至って転倒させた程度の説明を始めた(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	左の留め置き行為を利用して発付を得た強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
40	大阪地判平成29年4月12日判時2343号98頁(覚せい剤取締法違反、麻薬及び向精神薬取締法違反)	麻薬取締官(当該事件の捜査機関ではない)が被告人の麻薬取引を容認して被告人による覚せい剤等の取引を促進、助長した。 ○証人出廷した麻薬取締官の被告人とのやり取りの経過に関する証言は信用できず、麻薬取引を容認していたこと自体を認めたくないために不合理な説明をしている(事後の違法・本件捜査は麻薬取締官事務所とは無関係に警察によって行われた、その捜査に違法はない)	覚せい剤、麻薬に関する証拠につき排除せず(ただし量刑上考慮)
41	東京地判平成29年5月30日判時2387号133頁(覚せい剤取締法違反事件、窃盗等事件・GPS捜査)	①無令状により行われたGPS捜査、②GPS捜査の結果を直接的に利用して被告人の所在確認及び身柄確保をした上、違法にけん銃を使用し(被告人に銃口を向けて構える)、違法な身体検査、所持品検査を行い、覚せい剤を発見押収 (1)運用要領に従い、GPS捜査の実施につき、警察組織全体において、秘秘の徹底すべく、捜査書類に記載せず、また違法捜査の問題が生じ得ることを把握した後の公判中にGPS捜査に関する捜査メモを廃棄(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)、(2)覚せい剤の押収経緯に関し、警察官らが、明らかに、客観証拠及び事実経緯と矛盾する虚偽証言をして違法行為を隠蔽した(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	左の覚せい剤等の証拠につき排除
42	宇都宮地決平成29年5月1日〔証拠決定〕、宇都宮地判平成29年5月22日〔本案〕LL1/DB_L07250531(覚せい剤取締法違反等事件) ※東京高判平成29年11月20日LEX・DB25549284で破棄(報告書の記載は不適切なものではあるが虚偽の記載ではないとした)	下記(1)のとおり (1)報告書に覚せい剤使用の嫌疑及び強制採尿の必要性に関する有力な事実について明らかに虚偽記載(なお、判決では、「故意による虚偽」の意味ではないとしている。)をして強制採尿令状請求を行った(収集過程の違法・違法の重大性肯定)、(2)警察官らの公判供述の信用性を一部否定(事後の行為・考慮事情とせず)	強制採尿令状による尿に関する証拠、及び逮捕後に被告人車から発見押収された覚せい剤、大麻等の証拠につき排除

番号	裁判例・出典	収集過程の違法	判断
	(事件)	判文に現れた不適切行為	
43	奈良地裁葛城支判平成29年6月19日LLI/DB L07250485(窃盗事件・GPS捜査) ※控訴審・大阪高判平成29年12月6日(裁判例49)でも維持	令状なしに行われたGPS捜査 ----- ①警察官らは、運用要領に従い、報告書に本件GPS捜査に関する記載を一切せず、保秘を徹底した、②運用要領に定められた本部への使用報告をせず、また本件GPS捜査以前のGPS端末の使用に関する供述内容も不合理(①②とも事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査に密接に関連する証拠につき排除
44	東京高判平成29年6月28日高裁速報集平成29年125頁(覚せい剤取締法違反事件) ※さいたま地裁越谷支判平成29年2月21日(裁判例37)の控訴審	5時間にわたる留め置き等が違法であるとする原判決を支持 ----- ①強制採尿令状の疎明資料となった捜査報告書に、被告人の身体的特徴や挙動といった覚せい剤の薬理作用に関する重要な事実につき、意図的に異なる記載をした、②警察官の供述の一部の信用性を否定(①収集過程の違法・違法の重大性を肯定、②事後の行為・考慮事情とせず)	強制採尿令状による尿に関する証拠、及びその後採取された覚せい剤等の証拠につき排除
45	東京地裁立川支判平成29年7月19日LLI/DB L07230180(窃盗事件・GPS捜査) ※控訴審・東京高判平成30年1月12日(裁判例50)でも維持	令状なしに行われたGPS捜査 ----- ○警察官らは、本件GPS捜査を行ったことを秘匿し、その実施状況を十分に記録していなかった(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接に関連する証拠につき排除
46	大阪地判平成29年9月6日LLI/DB L07250947(覚せい剤取締法違反事件)	警察官らが、職務質問を続行するなどのため被告人を現場に留め置き、被告人が逃走を図った際、有形力を行使して制止するなど、相当性を逸脱した違法がある(後に、被告人の所持品等に対する搜索差押許可状、強制採尿令状が発付され、所持品から覚せい剤が発見され現行犯逮捕) ----- ①警察官が、現行犯逮捕手続書に、実際の有形力行使よりも軽度の有形力が行使されたかのような不相当な記載をした(事後の行為・積極的に虚偽の記載をしたものでなく隠ぺいの意図を否定し、違法の重大性否定)、②留め置きに関する警察官の証言の一部につき信用性が高いとはいえないとした(事後の行為・考慮事情とせず)	左の覚せい剤及び尿に関する証拠につき排除せず
47	名古屋高裁金沢支判平成29年9月26日LLI/DB L07220448(覚せい剤取締法違反等事件・GPS捜査)	令状なしに行われたGPS捜査(同捜査の結果判明した被告人の行動に関するものが、搜索差押許可状の疎明資料に含まれていた) ----- ○警察官らは、①運用要領に従い、捜査報告書等に本件GPS捜査に関する記載をせず、②その実施前から実施中を通じ、検察官にも知らせなかった(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査による証拠は排除(ただし、搜索差押により押収された覚せい剤については関連性が希薄として排除せず)
48	東京高判平成29年10月19日LEX・DB25549842(覚せい剤取締法違反事件)	①保護解除後に、被告人に対し有形力を行使しつつ警察署からの退出を阻止し留め置いたことにつき、任意捜査を限界を超えた違法がある、②被告人が公務執行妨害罪を行ったと認めるに足りる状況にないのに現行犯逮捕した ----- ①強制採尿令状の疎明資料となった現行犯逮捕手続書に虚偽の事実を被疑事実として記載した(収集過程の違法・違法の重大性の考慮事情とする)、②警察官らの原審における証言は、被告人の薬物使用の影響に関する部分につき信用できず、また警察官らは、原審公判において、現行犯逮捕の状況に関し虚偽の証言を行い一連の手続的な違法を糊塗しようとしている(事後の行為・排除相当性の考慮事情とする)	現行犯逮捕の翌日発付された強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除

番号	裁判例・出典 (事件)	収集過程の違法	判断
		判文に現れた不適切行為	
49	大阪高判令成29年12月6日 LLI/DB L07220574(窃盗事件・GPS捜査) ※奈良地裁葛城支判令成29年6月19日(裁判例43)の控訴審	令状なしに行われたGPS捜査 ○警察官らは、運用要領にも違反して運用状況等の報告もしていなかった(なお、運用要領自体が保秘を徹底するように定めており、事前ないし事後の司法審査を困難にするものであり、令状主義の精神に反すると指摘)(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査に密接に関連する証拠につき排除
50	東京高判令成30年1月12日 LLI/DB L07320170(窃盗事件・GPS捜査) ※東京地裁立川支判令成29年7月19日(裁判例45)の控訴審	令状なしに行われたGPS捜査(原審の判断に加え、当該GPS捜査が、位置情報の取得態様は包括的であること、必要性の判断も安易かつ恣意的で、警察官の令状主義を軽視する態度も顕著であることを指摘) ○GPS捜査を行ったことを秘匿するとともに、同捜査の実施状況を十分に記録化していなかったとの原審の判断を支持(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査から直接取得された証拠やこれと密接に関連する証拠につき排除
51	京都地判令成30年1月18日 LLI/DB L07350035(覚せい剤取締法違反事件)	警察官が、被告人に対し違法な所持品検査を行ったこと(※)、必要以上の有形力を行使し、逃走を阻止したことは相当性を欠くとした(※被告人が携帯していたプラスチックケース(後に覚せい剤が在中していることが判明)を隠滅するような動作を取ったことから同ケースを取り上げ返還しなかった) ○警察官1名の証言について信用できず、自己の行動に違法なものがあったことを避けようとする意図があったとした(事後の行為・もともと、他の警察官が同証言に沿う証言をしておらず、捜査機関としての違法捜査隠蔽の強い意図まではうかがわれないとし、考慮事情とせず)	捜査差押許可状により押収された左記覚せい剤等の証拠につき排除せず
52	名古屋地判令成30年2月28日 LEX・DB25560889(覚せい剤取締法違反等事件)	警察官が被告人に職務質問をした後、二度にわたりバトカー内に留め置いた上で偽計的手段を用いて警察署に同行し実質的に逮捕に至った ○被告人の留め置き、任意同行に関する警察官の証言につき、不自然が否めない、あるいは記憶のとおりにもそのまま述べているか疑問とした(事後の行為・考慮事情とせず)	署への同行後に任意提出された尿に関する証拠等につき排除(ただし、その後の捜査差押にかかる証拠につき排除せず)
53	東京高判令成30年3月22日 LLI/DB L07320156(住居侵入、窃盗等事件・GPS捜査)	令状なしに実施されたGPS捜査 警察官らは、(1)運用要領に違反し、捜査書類の作成において、本件GPS捜査によって得られた位置情報探索結果等を記載しないなどGPS捜査が明らかにならないようにした、(2)GPS捜査実施のことを検察官に伝えず、原審で証言することが決まった後に、上司らと意を通じGPS捜査を実施することを隠蔽することを決め、GPS端末を使わず目視で発見したなどと虚偽の証言をするなどした(1)(2)とも事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査から直接取得された証拠やこれと密接に関連する証拠につき排除
54	さいたま地判令成30年5月10日 判時2400号103頁(①事件)(非現住建造物等放火事件等)	被告人方近隣の私人駐車場に設置したビデオカメラで被告人方前公道及び同玄関付近を長期間にわたり撮影した行為 ○警察官が、真の撮影目的を隠しているかのような証言態度をとったこと、(問題があることが明らかであるにもかかわらず)本件撮影について何ら問題はなかったと考えている旨証言したこと(事後の行為・排除相当性の考慮事情とする)	左のビデオ撮影に関する証拠につき排除
55	広島地判令成30年6月14日 LLI/DB L07350498(覚せい剤取締法違反事件)	被告人に対し職務質問をした警察官らが、公務執行妨害で現行犯逮捕できる要件がないにもかかわらず「公妨とるぞ」などと威迫しながら有形力を行使して、その場で4時間程度留め置き、また所持品を検査終了後も返還せず占有した ○警察官4名が、警察官らによる違法、不相当な行為を隠蔽して証言しているのではないかと疑いを払拭できず信用できない、うち1名の、所持品を被告人に返還した旨の証言も隠蔽目的での虚偽である(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除

番号	裁判例・出典	収集過程の違法	判断
	(事件)	判文に現れた不適切行為	
56	東京高判平成30年6月22日 LEX・DB25506541(公務執行妨害、覚せい剤取締法違反事件等)	被告人に対し職務質問をしようとした警察官が、公務執行妨害事実がないにもかかわらず事実で現行犯逮捕した ○公務執行妨害事実があったとする警察官の証言は、防犯カメラ映像と整合せず信用できず、またこれに沿う別の警察官の証言も同様に信用性を認めることができないとした(事後の行為・考慮事情とせず)	逮捕後に強制採尿令状が発付され採尿(任意提出の形をとっている)された尿に関する証拠につき排除
57	さいたま地判平成30年7月27日 LEX・DB25561084(覚せい剤取締法違反事件)	便宜が切迫した状況にありトイレに行かせて欲しいという被告人に対し、具体的かつ強い嫌疑に裏付けられた高度の必要性、緊急性もないのに、移動の自由を制限して公衆の面前で排便に至らしめるなどして行った違法な所持品検査 ○担当の警察官2名の供述には不自然さや疑問があったとした(事後の行為・考慮事情とせず)	所持品検査で発見された覚せい剤等の証拠、現行犯逮捕後に任意提出された尿に関する証拠につき排除
58	旭川地判平成31年3月28日 判時2441号86頁(覚せい剤取締法違反事件・GPS捜査事件)	令状なしに行われたGPS捜査 ○警察庁による「移動追跡捜査運用要領」が秘蔵の徹底を求めていることがGPS捜査に対する司法審査を困難にする運用を招来している(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	GPS捜査から直接取得された証拠やこれと密接に関連する証拠につき排除
59	東京高判令和元年7月16日 判時2441号86頁(覚せい剤取締法違反事件)	警察官が、被告人に対する所持品検査を実施中に着衣の上から被告人の陰部付近を触った上、公道上で被告人に何度もパンツの中を見せるよう要求して同人がパンツを脱ぐに至らせた 警察官が、(1)手続的な違法を糊塗するため、強制採尿令状等の令状請求の疎明資料に上記事実をありのままに記載しなかった(収集過程の違法・違法の重大性肯定)、(2)原審公判においても事実と異なる証言をした(事後の違法・(1)とともに(2)についても排除相当性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿に関する証拠につき排除
60	大阪地判令和元年9月25日 裁判所WEB(覚せい剤取締法違反)	被告人方で実施された捜索により発見された覚せい剤中のポリ袋3袋につき麻薬取締官が持ち込んだ疑い (1)捜索に先立つ時期(公判前整理手続中に弁護人から証拠収集を伴うような内偵捜査が行われていたのではないかと指摘していた時期でもある。)の防犯カメラ画像データが消去されていること、(2)検察官が、消去した時期についての求釈明に対し、公判前整理手続中も結審段階においても回答しなかったこと(事後の行為・評価の詳細不明)	この覚せい剤所持による現行犯逮捕直後に採取された尿に関する証拠につき排除
61	釧路地判令和元年9月27日 LLI/DB L07451149(大麻取締法違反、公務執行妨害事件)	公務執行妨害における暴行事実(職務質問中に被告人が逃げ出した際、警察官に体当たりした事実)がなく、警察官が職務質問に付随する停止行為として許容される限度を超えた有形力(被告人にヘッドロックを加える)を行使した ○被告人が体当たりしてきた旨及び警察官がヘッドロックをした事実はない旨の警察官3名の公判供述の信用性を否定した(事後の行為・考慮とせず)	公務執行妨害による逮捕後の所持品検査により発見押収された大麻等につき排除
62	京都地判令和元年10月29日 LLI/DB L07451231(覚せい剤取締法違反)	警察官が、被告人方に同人に追従してその承諾なく立ち入り、退去を求められても退去しなかった ○被告人から立ち入りを拒否されたことはないとする警察官の公判供述の信用性には疑問があったとした(事後の行為・考慮事情とせず)	被告人方屋内の様子や両腕の注射痕の写真等を疎明資料とする強制採尿令状による尿に関する証拠を排除

番号	裁判例・出典	収集過程の違法	判断
	(事件)	判文に現れた不適切行為	
63	横浜地判令和元年11月20日 LEX・DB25564830(覚せい 剤取締法違反)	別件銃刀法違反事件の取調後、警察官が被告人に対し身柄引受人が来なければ署から帰ることはできない旨の虚偽の説明をし、強制採尿令状による尿の差押えが始まるまでの3時間余り被告人を署に留め置いた ----- ○警察官3名(地域課及び刑事課の警察官)が前記留め置き状況に関して明らかに不合理で信用できない虚偽の証言をした(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	強制採尿令状による尿についての証拠を排除
64	熊本地判令和元年12月6日 LEX・DB25580334(覚せい 剤取締法違反)	警察官が、被告人を職務質問開始から約7時間現場に留め置き、その間、運転免許証を返還せず、令状請求の準備に着手した後は現場を立ち去ることはできない旨法的に誤った説明をした ----- ○警察官が、公判において上記説明をした事実はないと否定し、自らの言動について記憶に基づかない虚偽の供述をした(事後の行為・違法の重大性の考慮事情とする)	違法な留め置き後の車両の捜索により発見された覚せい剤及びこれに関する証拠につき排除(強制採尿令状による尿に関する証拠は排除せず)