

○研究ノート： 違法収集証拠排除法則——覚せい剤取締法違反 (使用) 事件における無罪事例から

弁護士 松尾剛行

(第一東京弁護士会、60期)

桃尾・松尾・難波法律事務所

1. はじめに

筆者は、桃尾・松尾・難波法律事務所という、企業法務をその業務の中心に置く弁護士事務所に所属している。平成19年に弁護士登録し、現在5年目である。今般、筆者が被告人の弁護を担当した覚せい剤取締法違反事件(自己使用)において、違法収集証拠として鑑定書等が排除¹されたことから、被告人は自白していたものの、補強証拠(刑事訴訟法第319条2項)がないとして無罪判決が下された。そして、かかる無罪判決は一審で確定した。

司法研修所の前期・後期修習において教えて頂いた刑事弁護教官の野嶋慎一郎先生、実務修習先の小磯正康先生、弁護士登録後仕事でご指導いただいた洪村晴子先生(司法研修所教官)をはじめとする多くの先生方の薫陶を受け、「刑事弁護は弁護士の基本」という考えに基づき、この4年間は、基本を忠実に実践するという方針で刑事弁護に臨んできた。

本件は、平成21年9月に被疑者国選の形で担当を開始し、起訴後も引き続き国選弁護人を務めた覚せい剤取締法違反事件である。上記のような方針で弁護活動を継続していたところ、東京地裁刑事部合議体²は、証拠決定にお

1 正確には、証拠排除されたのは鑑定人の証言のみであった。鑑定書等については、証拠の採否の決定を訴訟手続の最終段階までに行わず、最終段階(判決の2週間前)に、本件決定によって、検察官による証拠の取調べ請求を却下したものである。もっとも、「違法証拠排除(法則)」という用語が一般に用いられるので、以下、証言と鑑定書等を区別せずに「証拠排除」という用語を用いて説明する。

2 裁定合議事件(裁判所法第26条2項1号)であり、東京地裁刑事第21部(半田靖史裁判長、安藤範樹裁判官、岩田澄江裁判官)の合議体が判断した。なお、「(違法収集証拠排除

いて、鑑定書等が違法収集証拠であると認定し（東京地決平成23年3月15日判例時報2114号140頁、判例タイムズ1356号247頁。以下、「本件決定」という。）、無罪判決を得ることができた（東京地判平成23年3月30日判例時報2114号131頁、判例タイムズ1356号237頁。以下、「本件判決」という。）。下級審の事例判断に過ぎないものの、違法収集証拠排除法則については、「地裁、高裁、最高裁の累々たる裁判例の蓄積や学説の展開」の貢献が大きいという考えも示されている³ので、事案、弁護活動及び裁判所の判断の内容を報告し、若干従来の裁判例の流れと対比・検討したい。

2. 事案の概要

本件は、職務質問を捜査の端緒として、平成21年9月5日午後10時31分に適法に覚せい剤所持の被疑事実で逮捕された被告人（女性、20代）が、翌午前8時57分に（令状なく）採尿して当該尿を捜査官に提出し、鑑定の結果、当該尿から覚せい剤が検出されたという事案である。争点は、「この約半日の間に何があったか」、とりわけ「採尿に至る経緯」である。

被告人の主張は、結果的には「任意」採尿に応じざるを得なくなったが、それは、真に任意に承諾したのではなく、この約半日の間に行われた「説得行為」が事実上強制に当たり、違法な「令状なき強制採尿」が行われたとして、鑑定書等は違法収集証拠であるから証拠排除をするよう求めたというものである。

検察官の主張は、被告人と真っ向から対立した。検察官の主張は、本人が任意に警察官の説得に応じて採尿したというもので、違法捜査があったという被告人の主張は被告人が罪を免れるためにいわば「作り話」をしたとして、

が問題となる）この種事案は、合議事件ではなく、単独事件なのです。」（田口守一ほか「〈座談会〉排除法則の現状と展望」現代刑事法第5巻11号（平成15年）21頁〔山崎学発言〕）とされているところ、「合議体の判決であること」も本判決の特徴と言えよう。

3 杉田判事は、最高裁として初めて違法収集証拠を排除した判例である最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁について、「多数の下級審判決が違法収集証拠の排除について説示し、また現実にも排除を行ってきたりしたわけです。本判決も、このような50年近くにわたる地裁、高裁、最高裁の累々たる裁判例の蓄積や学説の展開の上に初めて現れてきたものであることを忘れてはならないと思います」と指摘する（大澤裕、杉田宗久「対話で学ぶ刑事訴訟法判例」法学教室328号（平成20年）67頁〔杉田発言〕）。

被告人と極めて鋭く対立した⁴。

事実関係の争いは大きかったものの、以下の外形的事情には争いがなかった。弁護側は、違法捜査主張の方法として、このような争いのない事実を列挙した上で、争いのある点についての証言等の評価をする際に当該争いのない事実を活用した。本件決定も基本的には同様の枠組みをとったものである。

①被告人は、職務質問の前の段階で、注射器等の「見つかると尿検査を迫られるであろう」物品をパンツの中に隠匿していた

この点は、被告人として「尿検査を絶対にしたくなかった」ということを象徴するエピソードである。弁護側の主張の根幹は、「尿検査を回避するために所持品を隠すことさえした被告人が（⑤で後述のとおり）比較的早く尿検査に同意した（せざるを得なかった）のは、「任意」のはずがなく、警察官による強制があったからだ」というものであった。

なお、興味深いことに、①の事実は、検察官自身側が甲号証として、「隠匿物品発見報告書⁵」を提出して自ら主張立証しようとしたものである。すなわち、検察側は、「罪を免れるため証拠品を隠匿する悪質な被告人」という主張・立証を企図して注射器等の隠匿の事実を積極的に立証しようとしていた。これを、被告人側で尿検査の任意性を否定する方向に強く働く事実として有利に援用したものである。同種事件を担当する場合には、このように、同じ事実が被告人に有利にも、不利にも使い得るという点に鑑み慎重に主張の構成を検討すべきであろう。

②逮捕前の職務質問段階から、被告人は繰り返し「トイレに行きたい」と述べていたが、警察官が「少し待つて欲しい」等と述べたので、結局逮捕までトイレに行くことはできなかった

事実関係の細部に争いはあったものの、警察官が現場で、被告人をトイレ

4 例えば、接見禁止解除請求に反対する検察官意見の中には、「(被告人が) 罪を免れるためなりふり構わぬ行動をしている」という名誉棄損的で感情的な表現さえ見られた。

5 被告人が下着の中に隠していた注射器等が留置場の検査の時に出てきており、その経緯を留置場の担当者が報告したものである。

に行かせなかったこと自体は争いがなかった。もっとも、トイレに行かせなかった時間が比較的短時間であったことや、有形力等を行使した訳でもないことから、本件決定は、結論としては、「所持品検査において許容される限度を超えて、違法に被告人の行動の自由を制限したものと認められない」として、この対応自体が違法捜査とはいえないとした。職務質問・所持品検査に伴う被疑者の停止等が問題となる判例の流れに鑑みると、この結論は、判例の流れに沿ったものと考えざるを得ない⁶。

③所持品検査において、被告人の荷物から覚せい剤結晶が発見され、予試験で覚せい剤反応が確認された後、適法に逮捕が行われた。

この点は、捜査の違法性や、違法性が証拠排除に至るまで重大であることという観点からはマイナスの方向の事情である。なお、被告人の同伴者（ほぼ丸一日行動を共にしていた人）も、ほぼ同時期に、覚せい剤使用の疑いで逮捕された。

④逮捕後、被告人は池袋署に押送されたが、池袋署一階の女子トイレで尿を漏らした

この事実に関し、なぜ被告人がこの段階で尿を漏らすことになったかという点が、警察官尋問（8名）の山場の1つになった。この点に関する事実認定は、違法収集証拠の排除という本稿の本題からやや離れるので簡潔に説明すると、被告人の主張は、「個室に入りたければ尿検査に応じろ」と警官にいわれ、単にトイレだけさせてくれと依頼したが断られ、押し問答をしているうちに漏らさざるを得なくなったというものであった。これに対し、検察側は失禁以前には尿検査の話は一切しておらず、被告人が個室に入ろうとしないまま尿を自ら漏らしたと主張した。本件決定は、「被告人の供述についても、失禁のすぐ前に警察官から尿の提出を求められたという限りでは排斥できな

6 例えば、追跡し背後からその腕に手を掛けて停止を求めることを適法とした最決昭和29年7月15日刑集8巻7号1137頁参照。なお、それでもトイレに行くことを拒まれたことを主張することに意義があったと考えていることについては、6（4）参照。

いものがある」り、警察官の「(尿の提出を求めているという)証言にも疑問を差し挟む余地がないわけではない」としたものの、結局、警察官が尿の提出をしなければ排尿させないと言って尿の提出を迫ったことから失禁したとまでは認められず、失禁に至る経緯自体は違法捜査とはいえないとした⁷。

⑤その後弁解録取等の手続が終わってから、被告人は一度尿検査に同意したが、その時は一度コップに取った尿を、自らトイレに流して捨てたので、鑑定はできなかった(「1回目の採尿」)

1回目の採尿に関し、検察側も「尿検査しないか」という話が出てから一度同意するまでの時間が極めて短かったことを認めていた。この点は、本件決定でも重視された。

なお、6(4)で後述の大阪高判平成1年7月11日は、一度は(任意に)採尿に同意したことを重要な理由として違法の重大性を否定していることから、訴訟戦略としてこの点を強調すべきかは悩んだところであったが、4で後述するように、客観証拠のない中、検察側ストーリーはこの1回目の採尿を合理的に説明できないことから、この点に切り込むこととした。

⑥午前2時半頃に留置前診療を受けたところ、被告人の体温は、37.5度であった。被告人は長時間排尿を我慢して失禁したため体調が悪かった。また、前日から24時間以上寝ていなかった。

7 本件では、検察官が途中でK検察官からS検察官へと交代した。その際の引継ぎに問題があったことから、K検察官が筆者に開示した証拠について、S検察官がその存在を知らずに、「証人テスト」を行い、証拠と矛盾する証言をさせていた。具体的には、失禁時の状況として、尿が「垂れ流し」になっていたという電話聴取書をK検察官が開示していたにもかかわらず、警察官がこれに反し、「尿はほとんど漏れていなかった、パンツも床も濡れていなかった」という証言をしたため、筆者は、この電話聴取書を最大限活用し、反対尋問をした。警察官は、検察官から最大6回もの証人テストを受けており、証言をガチガチに固めていた。「(尿の提出を求めているという警察官の)証言にも疑問を差し挟む余地がないわけではない」と判断してもらうところまで切り込むことができたのは、このような、いわば「敵失」によるものであり、かつ、このような「敵失」を踏まえてもおこの点の違法捜査を裁判所に認めてもらえなかったことから、客観証拠がない中で警察官を反対尋問し、被告人主張通りの事実認定に持ち込むことの難しさを実感した。このような弁護戦略については、「刑弁通信」第一弁護士会会報463号(平成23年)20頁以下の拙稿も参照されたい。

体温等を立証するため、留置前診療を行った医療機関にカルテの謄写申請に行った⁸。

⑦留置前診療で留置可と判断され、午前3時半頃に警察署に戻った後、警察官は被告人を留置場に連れて行かず、取調室の椅子に座るように申し向けた。被告人は、椅子に座ることを拒み、床に横になっていた。

この点は、本件決定で問題にされている事実であり、5(2)で触れる。

⑧遅くとも午前6時半頃から警察官が被告人の説得を開始し、午前8時半頃に被告人が尿検査に同意し、午前8時57分に採尿がされた（「2回目の採尿」。この2回目の採尿によって得られた尿に関する鑑定書等の証拠能力が問題となっている）。

この点も、本件決定で問題にされている事実であり、5(3)で触れる。

⑨この間、いわゆる殴る蹴るといった、典型的な有形力の行使はされていない。

この点も、上記③と同様に、違法性や、違法の重大性にマイナスの方向で影響を及ぼす事情である。

3. 弁護方針

筆者は、被疑者国選弁護制度に基づき、勾留2日目に本件を受任し、受任当日深夜に初回接見を行った。その際に被告人が違法捜査があったと申告したので、勾留3日目に詳細を聞き取り、翌朝準抗告を申し立て、その中で違法捜査があったことを弾劾した。超初期の段階から、違法捜査の点に関する被告人の供述が一貫しており、これが、今回被告人の供述の信用性が重要な

8 寝ていないことは、検察官が、被告人の悪性（覚せい剤への親和性、常習性等）を立証するために出した、被告人の所持していた携帯電話の履歴で、はっきりなしに電話・メールをしていることから明らかであった。

部分で認められ、無罪判決が下された大きな理由の1つだと考えている^{9, 10}。もっとも、準抗告はあえなく却下され¹¹、その後被告人は起訴された。

弁護方針については、被告人と綿密に打ち合わせた上で、結論として、「違法収集証拠排除法則による無罪を目指し、無罪にならなくとも、少なくとも違法捜査を認定してもらい、未決勾留期間を含む量刑面で斟酌してもらおう」という方針を採った。このような方針決定に至る検討過程の概要は以下の通りである。

本件において、①覚せい剤を所持していたこと自体は事実であることから、逮捕手続自体は適法に行われたと言わざるを得ない¹²。また、②暴行等のいわゆる有形力は行使されていない。このような点から、裁判所が「説得行為として社会通念上許される範囲」であるとか、仮に違法であると判断した場合でも、「令状主義を没却する違法までは認められない」といった判断をする可能性が否定できなかった。特に少なくとも上記の当事者間に争いのない前提事実(①～⑨)のみから令状主義を没却する違法までを導くことは実務上不可能であり、証人尋問において、例えば⑤1回目の採尿の際の警察官による脅迫の言辞等、警察官の違法行為を暴くこと等で、被告人の主張する「違法捜査」を裁判所に認定してもらうことが、違法収集証拠排除法則による無罪判決を得るためには必要であった。そこで、弁護人として「相当強度の違

9 準抗告申立書等の身柄に関する書類は、5分方式におけるいわゆる「第三分類」として記録に綴られる(司法研修所監修「刑事第一審公判手続の概要」〔平成21年、平成21年版、法曹会〕参照)。そこで、裁判官に顕著な事実として、証拠申請をしなくとも、事実認定の対象になると解されている(石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務』(平成23年、三訂版、新日本法規出版)16頁参照)。

10 また、この際に脚注7の「電話聴取書」が作成され、初期供述を記録化することができたことも大きかった。この点、最近の刑事弁護活動に関する秀逸な文献である、三澤太雅「第9回季刊刑事弁護新人賞特別賞 2つの重大な違法捜査が認定された事例」季刊刑事弁護69号(平成24年)20頁は、このような初期供述の証拠化の重要性を強調されている。三澤弁護士は、検察官に対して起訴前の面会時に警察からの(違法)捜査に関する聴取と検面調書作成を求めたところ、検面調書が作成され、これが結果的に判決の結論に影響したと指摘されている。

11 どうも準抗告審の裁判所は、検察官に対して当該事実についての釈明を求め、その回答に納得したということのようである。

12 所持罪については、有罪になったものの、懲役1年2月、未決勾留370日を本刑に算入したので、実質的には2ヶ月未満の服役で済む形になった。なお、量刑は2年6ヶ月なので、実質的な服役期間は求刑の15分の1の期間に過ぎない。

法捜査が行われており、法治国家たる日本において絶対に許されないことだ』
と思ったものの、無罪となるとの確信を持つことはできなかった。

もっとも、たとえ有罪判決が下される場合であっても、違法捜査があったことさえ認定されれば、これまでの手続が全く無駄になるとはいえない。本件では、捜査機関が一切の違法捜査を否定していたことから、違法捜査の認定を受けるために長期の法廷闘争が(いわば捜査側の原因で)必要となり、その結果、未決勾留期間¹³が伸長したと評価できる。このことは、被告人の責めに帰さない身柄拘束の伸長といえる¹⁴。そこで、未決勾留期間について「個別の事案に応じ」た「柔軟な調整」を「裁判官の健全な裁量」によって行う実務¹⁵においては、このような被告人の責めに帰さない身柄拘束の伸長分の未決勾留期間を本刑に算入すべきであり、そのような方向の裁判例も見られる。また、狭義の量刑面に違法捜査を反映させるかについては、積極説と消極説があるものの、少なくとも「違法捜査」を量刑要素の1つとしてよいという限りでは、実務家においてほぼ一致するところである¹⁶。どの程度ま

13 被告人の場合、保釈金が出せる状況ではなかった。そもそも、接見禁止が1年以上継続しており、実務上この期間中に保釈決定が出たとは考えられない。そこで、仮に保釈がされても、極めて短い期間に過ぎなかったと解される。なお、暴力団関係者でもなく、覚せい剤の「自己」使用という単独犯に過ぎない被告人について、このような1年以上の接見禁止を付することが果たして正当であったかは別途問題となり得よう。

14 なお、本件とは異なり、結果的に捜査が違法と認められない場合でも、捜査が不適切であって、これが違法であるとして被告人が法廷で争うことにも理由がある場合には、被告人の責めに帰さない身柄拘束の伸長として、かかる法廷闘争に必要な日数は本刑に算入されるべきと考えている。

15 例えば、橋爪信「未決勾留日数の算入に関する諸問題」判例タイムズ1133号(平成15年)71頁等参照。

16 積極的に減刑を認める説も、その根拠は様々ではあるが、たとえば、その減刑の根拠として非難としての性格と害悪の程度に応じて刑を減輕すべきである(小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(3・完)」慶應法学10号(平成20年)45頁)等と主張されている。積極的減刑に慎重な見解でも「違法捜査や違法処遇により加えられた苦痛は、犯行後の一事情として量刑上考慮することが許されよう」としているのであって一切考慮できないとするものではない(原田國男『量刑判断の実際』(平成20年、第3版、立花書房)167頁)。実務的に重要な要素としては「排除する程の重大な違法はないものの、今後捜査官に注意して欲しい」という観点から、量刑事情であえて触れているという意味があるものと考えられる。なお、この点についての最新の論文の1つに、小倉哲浩「違法捜査等と量刑」(大阪刑事実務研究会編著『量刑実務体系』〔平成23年、初版、判例タイムズ社〕)275頁が挙げられる。同論文は、正義・公平の見地からの裁量による量刑上の考慮を主張しており、興味深い。

で減刑事由として重要性があるかについては、議論があるところだが、以下は、未決勾留期間の算入または本刑の量定に関し、違法捜査を考慮したと思われる裁判例の一部を列挙したものである。

- ・公務執行妨害罪の被告人に対する警察官の暴行を認定し、被告人を懲役15日に処し、未決勾留日数中15日を右刑に算入した事例¹⁷。
- ・必要性の判断を誤って強制採尿した違法や取調室への連行の際に出頭を嫌がる被告人の身体を担ぎ上げるようにして、数人がかりで連行した違法を認定し、これを犯行後の状況として量刑に反映させるべきとして、既に三回懲役刑の実刑に処せられたことのある暴力団員の自己使用と約4グラムの所持につき懲役1年6月とした事例¹⁸。
- ・警察官職務執行法の保護要件を満たさない保護手続を利用して行った尿検査につきこれを犯行後の状況として量刑に相応の影響を及ぼすとし、2度覚せい剤取締法違反により有罪判決を受けた被告人の所持について懲役1年2月未決勾留日数200日算入とした事例¹⁹。
- ・実質的に逮捕と同視される任意同行及び留め置きがあったが、その違法は証拠排除に至るほど重大なものとは言えないとされた事例において、量刑理由で、違法な捜査手続のために「警察官らの証人尋問が必要であったことから、審理が長期化し、保釈許可に至るまでの勾留期間も長期に及んだもので、これらの事情は未決勾留算入も含めて量刑上考慮すべきであろう」とした事例²⁰。
- ・捜査過程に違法があったとしても、違法収集証拠として証拠排除されないのなら、後の民事の国家賠償等にお任せというのではいけないのではないか、現に手続的正義に反する事態を国家機関が引き起こしているの

17 東京地判昭和46年2月18日(判タ260号271頁)。なお、日本裁判官ネットワーク『裁判官は訴える！ 私たちの大疑問』(平成11年、初版、講談社)90頁には、担当裁判官がこの判決に至った思考過程が記載されていて興味深い。当然のことながら、平成18年改正において公務執行妨害罪の選択刑として罰金刑が導入される前の判決である。

18 浦和地判平成1年12月21日(判タ723号257頁)

19 浦和地判平成3年9月26日(判タ797号272頁)

20 大阪地判平成5年10月14日「違法収集証拠の証拠能力に関する裁判(判決・決定)事例集」89頁。なお、三井誠「違法収集証拠の排除(5)」法学教室267号(平成14年)119頁参照。

であれば、それは刑事上の実体的正義を実現する最終段階で考慮し、何らかの清算をすべきではないかという考え方から、警察官の違法捜査の点を被告人にかなり有利に考慮し、営利目的で覚せい剤4グラム等を所持した等の事案について、被告人を懲役二年六か月、罰金二〇万円、未決勾留日数を三〇〇日算入した事例²¹

このような裁判例を援用する形で、主位的には無罪を求め、仮に無罪にはならなくとも、予備的に違法捜査の存在を有利な情状として刑(未決勾留期間の算入を含む)の減軽を受けるという弁護方針を立てた。

なお、弁護方針に関しては、この点に加え、自白を勧めるか否かは悩ましいところであった。すなわち、(被告人が当初隠しており、後で発見された)注射器、注射痕、携帯メール等が証拠提出されており、自白をしない場合には、(一部黙秘であっても²²)供述が不合理になる。反面、自白をすると、鑑定書が証拠排除されても、(仮に違法捜査が認められたとしても)証拠排除の対象とならないこれらの証拠が補強証拠とされ、自白とあわせて有罪になるのではないかという心配はあった。現に、鑑定書等が本件決定において証拠排除がなされたにもかかわらず、検察官は論告で、自白及び注射器等の証拠から使用事実の証明は十分であるとして有罪判決を求めた。

もっとも、一部²³の例外はあるが²⁴、大阪地裁平成18年6月29日(季刊刑事弁護49号213頁)、神戸地判平成10年10月13日(判時1664号151頁)、水戸地裁下妻支判平成10年10月20日(判時1664号157頁)、福岡高判平成7年8

21 大阪地判平成18年9月20日判時1955号172頁。同判決に関しては、判決を下した杉田判事が、減刑の理論的背景を大澤裕、杉田宗久「対話で学ぶ刑事訴訟法判例」法学教室328号(平成20年)85頁[杉田発言]において自ら説明している。

22 被告人本人が密室で起こった半日間の「事実」を生の声で語ることが違法捜査を裁判所に認定してもらう上で決定的に重要であると考えられた。また、警察の違法捜査については被告人が話したがっていた。違法捜査の点に関し供述を行うのに、使用の有無のところだけで黙秘すると、「都合のいいところだけペラペラしゃべって、都合が悪くなると話さない」と思われるのではないかといった懸念があった。

23 大分地判平成9年11月10日三井誠「違法収集証拠の排除[2]」法学教室264号(平成14年)116頁、三井誠「自白と補強証拠[2]」法学教室258号(平成14年)77頁。

24 ただし、三井誠「違法収集証拠の排除[2]」法学教室264号(平成14年)116頁記載の違法収集証拠に関する裁判例の表を見る限り、前掲注23の大分地判以外には、相互銀行法違反に関する和歌山地判平成6年3月28日(証拠能力裁判事例集25頁)くらいしか見当たらなかったもので、例外的といって差し支えないと思われる。

月30日(判タ907号281頁)をはじめとする多数の裁判例は、被告人本人が自白していても、鑑定書等の中核となる証拠が違法収集証拠によって排除されている場合には、補強法則を適用し、自白を補強する証拠はないとして無罪としている。この点に関し、朝山芳史判事は、違法収集証拠が排除された場合に、いくら信用できる自白があっても被告人を無罪とすることが政策的見地からも支持され、ここに補強法則の存在理由を見出すことができるとする²⁵。結局、筆者は、全てを真摯に告白した上で、これらの裁判例に依拠して無罪を主張するのが本人にとって一番良いのではないかと考え²⁶、そのように助言し、被告人も、「自分のやった悪いことは反省しており、それはきちんと伝えたい」と、法廷で自ら使用事実を正直に述べた。

本件判決は、上記の裁判例の流れに従い、本件決定において鑑定書等の証拠排除を行った以上、「被告人が公訴事実記載の期間に現実に自己の体内に何らかの異物を摂取したかどうか、仮に何らかの異物を摂取したとして、それが覚せい剤であったかどうかについて、上記自白の真实性を保障するに足りる補強証拠は存在しない」として、被告人を無罪とした。

4. 事実に関する食い違い

本件においては、「違法捜査」を基礎づける事実自体に争いがあったものの、この点は、基本的には本稿の検討の対象とせず、以下において簡単に触れるに留める。

捜査官は、「自分は何も採尿を勧めていない」とか『尿は出したい時いつでもだしていいからな』と言っただけ』であるといった証言をし、「普通の説得行為」に被告人が応じて採尿に至ったと主張した。

被告人は1回目の採尿においても、2回目の採尿においても、「捜査官に『尿検査に応じないとトイレに行かせない』といわれ、また失禁させられるのが

25 朝山芳史「51 補強証拠—裁判の立場から」三井誠ほか編『新 刑事手続Ⅲ』(平成14年、初版、悠々社)253頁

26 当時の判断過程としては、仮に違法捜査と判断されたとしても、証拠排除までの重大な違法性は認められず、有罪になる可能性が相当あるという見立てから、黙秘や不合理的な否認をすると同刑上不利になる可能性もあるのではないかという点も考慮した。

嫌で尿検査に応じた」と主張した。

この点は、ほぼ同一の証拠関係に基づき、2つの異なる判断が裁判所においてなされた。東京地決平成22年12月13日（公刊物未登載）は、執行猶予取消手続²⁷において「弁護人の主張するところを考慮しても、捜査官がトイレに行くことと引き換えに採尿を迫った事実はないと考えられる。よって、違法収集証拠の主張はあたらない」とされ、最高裁に特別抗告までしたものの、かかる判断は確定してしまった。

検察側は、前記2③の事実を強調し、「警察官は既に適法に被告人を逮捕しているの、必要があれば、いつでも強制採尿等を実施できるのだから、（逮捕の要件が揃っておらず、採尿してその尿が陽性反応を示すことではじめて逮捕の要件を満たす場合と異なり）無理に任意採尿を強制する必要はない。」と主張しているところ、この主張が一定の説得力を持っていたことは否めない。

しかし、真実違法な説得があった。弁護側のアナザーストーリー（ケースセオリー）は、違法な説得が現実に行われた理由について、「逮捕が適法だとしても、面倒な令状審査²⁸を回避するため、任意採尿の形をとりたいという誘因はあるはず。」と指摘した。加えて、1回目の採尿が検察側の主張を前提としても、説得開始後かなり短期間で行われている点を重視した主張を行った。「被告人は、一貫して尿検査を嫌がって、そのために、注射器を隠したりしていた。このような被告人が、わずかな時間の『説得』で1回目の採尿に応じたのは、違法な強要があったとしか説明できない。」と構成した訳である。

東京地裁刑事第21部の合議体は、本件決定において、基本的には、弁護側のアナザーストーリーの方が合理的と判断し、説得の過程に違法行為があったと認定した。捜査段階における準抗告以降被告人が「一貫した主張」

27 被告人が、当時保護観察付きの執行猶予中だったことから、刑法26条の2第2号に基づき、保護観察所が執行猶予取消を請求した。筆者が弁護人となり、口頭弁論を請求して争った。

28 実際、出廷した警察官証人は、強制採尿令状請求のためには、警察署長による署内決裁等の手続が必要と証言した。

を行ってきたことは、被告人の主張の信用性を認めてもらう上で大きな要素であると考えている。

5. 捜査の違法性についての判断

被告人が主張した違法捜査のうち、事実そのものが認められなかったり、事実は認められたもののそれが違法捜査とまでは認められなかったものはいくつかあった(上記2②及び④の事実)。結果的に、裁判所は、本件決定において、警察官による以下の3つの行為を違法捜査と判断した。

(1) 1回目の採尿の際の「暴言」(2③)

上記4で述べたとおり、本件決定は、警察官証人の証言について、これと矛盾する客観的証拠等はなく、「信用できるようにも思われる」とした。しかし、警察官の説明では、注射器等を隠匿する等して、強固に尿を提出したくないという意思を持っていた被告人が、「1回目の採尿にあっさり応じた理由を合理的に理解することができない」とし、むしろ、警察官に「(尿検査に応じないと)トイレを使わせない」と言われ、再び失禁することになると思って、1回目の採尿に応じたが、トイレの中でおかしいと思って尿を流したという被告人の説明は、被告人が1回目の採尿にあっさり応じた理由を合理的に説明するとして、「警察官がその取調べにおいて、尿を提出しなければトイレに行かせないという趣旨の発言を交えて、強く提出を求めた」ものと認定した。

このような認定を前提に、本件決定は、警察官は、一度失禁した被告人に対し、再び失禁することになるという心理的圧迫を与えて尿の提出を迫ったものであり、違法と評価すべきであるとした。

6(4)で述べるように、従来、適法に逮捕された被疑者に対する採尿の説得等が違法とされた事案がほとんどなかった。このような状況が生じていることの重要な理由の1つとして、本件において検察側が主張したとおり、逮捕されれば無理をして任意採尿を強制する必要性が低くなる(身柄を確保しているので適切な時期に強制採尿等を行うことが容易になる)ということが考えられる。実際、本件決定は、「被告人は既に覚せい剤の所持で逮捕され

ており、客観的には、警察官が無理をして急いで尿の提出を受けなければならない状況ではなかった」と判示している。それにもかかわらず、本件決定が、「客観的には無理に尿の提出を迫る必要はなかったとしても、警察官が手間のかかる強制採尿の手続きを避けて、簡単な任意採尿の方法で採尿しようと考え、被疑者に尿の提出を迫ることは考えられる」として、違法捜査を認定した点は、特筆に値すると言ってよいだろう²⁹。

この点は事実認定が勝負であり、警察官がこのような脅迫的言辞を弄したという事実が認定された以上、（程度はともかく）「違法」と裁判所が評価したことには異論がないところと思われる。

(2) 留置前診療から戻った後朝まで取調室の床の上に座らないし体を横たわらせたこと(2⑦)

取調終了後、留置前診療³⁰において留置可能という診断が出た。留置前診療が終了し、警察署に戻った被告人は、不眠、疲労、発熱等の状況下、留置で寝たいと依頼したが、警察官から、取調室の椅子の上に座るように言われたので、被告人はやむなく床の上に横になった。途中からは警察官が採尿を求めて説得するために、起き上って警官と話をしていたため、体を横たえることすらできなかった。この限りでは、検察側も認める争いがない事実であり、問題は、これが違法とまで言えるかであった。

検察側は、女性である被告人について、警察署外の留置場にて留置する必要があるところ、その留置場との間で、翌日の午前9時30分に入れるという予約をしていたから、それまで取調室で「寝かせた」³¹のは適法と主張した。弁護側は、逮捕が午後10時半頃なのに約半日後に留置する旨予約すること

29 東京高判平22年2月15日(LLI/DB判例秘書登載)も、「捜査官において、たとえ強制採尿令状の発付が見込まれても、なるべくなら任意の手段によりたいなどと考えて、勝手にトイレに行かせないまま警察署などへ任意同行の上で採尿することに固執する事例はままみられる」という経験則を示している。

30 少なくとも留置前診療につき、皮膚の炎症が感染性であったかを確認する目的があったことには争いがない。

31 その際に「寝た」のかどうかは争いとなったが、本件決定では少なくとも深く眠っている状態ではないと認定された。

はあり得ないと反駁したところ、被告人に関し、所持品検査・取調・留置前診療等の手続が終わってから留置場に押送した場合、同伴者に関する手続もあることから、これらの手続を迅速に行うのは現実的には困難であり、早朝行われる起床や押送等の手続³²と重なってしまうため、それが終わった後に押送するよう、午前9時30分に予約したのだとのことであった。

本件決定は、取調等は終わっており、もはや取調室に留め置く捜査上の必要性がなく、強制採尿手続もいったん留置場に入れた後に実施することが可能であるのだから、本来は、被告人は問もなく留置施設の居室で休息、就寝できたとした³³。そこで、検察が主張するような、翌朝にならないと留置施設に押送できないという事情があったとしても、「担当警察官としては、たとえ留置開始前であっても、留置開始後に準じて、被告人に適切な休息ないし就寝の機会を与えるべきであった。」「体調不良の被疑者に対しては、より一層、適切な措置をとるべきであった」とした³⁴。そこで、「警察官らが、被告人を上記のような状態で取調室に待機させた取扱いは、非常に不適切なものであり、広い意味で違法の謗りを免れない」と判断した。

裁判所がこの点の評価について「広い意味で違法」という文言を用いているのは、違法かどうか微妙な限界事例という趣旨と理解される。

(3) 最終的な説得について(2⑧)

最終的な説得については、その過程で暴行・脅迫はなされなかったというのが裁判所の認定である³⁵。警察官は、「任意採尿に応じなければ強制採尿をすることになるが、若い女性である被告人がカテーテルを使って体を痛める

32 これを検察側は「日課時限」と呼んでいた。

33 本件決定は、刑事収容施設法182条1項が「被留置者の処遇」を「被留置者が主として休息及び就寝のため使用する場所として留置業務管理者が指定する室」である「居室において行う」と規定していることを引用した。なお、刑事収容施設法の準用の主張は、恥ずかしながら筆者が行ったのではなく、裁判官が独自に考えたものである。

34 被留置者の留置に関する規則2条は「被留置者の処遇に当たっては、その人権を尊重しつつ、その者の状況に応じた適切な処遇を行うものとし、いやしくもその権利を不当に侵害することのないよう注意しなければならない」としている。

35 被告人は、「朝の最終的な説得の際にも『尿検査をするまでトイレに行かせない』といわれた」と主張したが、裁判所はこのような事実を認定しなかった。

のはよくないとして尿を自ら出すように説得したところ、被告人がこれに応じた」旨証言し、本件決定は当該証言に信用性があるとした。

しかし、本件決定は、警察官が、体調の悪かった被告人に対し、少なくとも2時間以上の間、尿の提出を求めたところ、この、「少なくとも2時間以上」という時間は短いものではなく、「説得行為自体が被告人の体調不良を増悪させるもの」であったし、「被告人の判断力がどの程度保たれていたかについても疑問がある」とした上で、説得方法としても、カテーテルで体を痛めるのではなく自ら尿を出すようにと説得するのは「強制採尿令状の発布を当然の前提としており、**令状審査を先取りしたものである**」「令状も取らずにそのように説得することは許されない」とした。他方、警察官は令状請求の準備をしていた以上、「体調不良の被告人から直ちに尿の任意提出を受けなければならない捜査上の必要性はなかった」として、説得自体違法な捜査手続であったとした。

この点、任意捜査に応じさせるための説得方法として、捜査官が、強制捜査の実施を示唆ないし暗示することは比較的頻繁に行われる捜査手法である。

実際に強制捜査令状を得ていれば、そのことを告げて任意採尿に応じさせることも適法とされている（高松高判昭和59年10月29日高等裁判所刑事裁判速報集昭和59年574頁等）。

問題は、本件のようなまだ令状を取っていない場合である。昭和の時代には、令状が発布されることを当然の前提とした捜査官の「説得」行為を適法とした裁判例もある。例えば、別件で勾留中の被疑者に覚せい剤取締法違反前科があること、真新しい注射痕があること、別件の犯行現場たる事務所内から注射器、注射針が発見されたことなどを総合判断した結果、捜査官が被疑者に対して「君にも強制採尿の令状が出ると思う。強制採尿ともなれば肉体的、精神的にも不快感や苦痛を伴う。」と申し向けたことは、口頭による説得の範囲内に属し適法とした裁判例（札幌高判昭和63年7月14日）や、被疑者に聞こえるような状況下で、検察官が警察官に「尿を出さないなら令状をとって病院でとれ。」と指示することは適法な具体的指揮権の行使であって被疑者に対する脅迫に当たらず、警察官が「拒否したら病院に連れて行っ

て局部に管を突っ込んでとる。そのやり方は痛い。」と説明して尿の任意提出を求めたことも、任意提出を拒否すれば当然適法になされることになる強制処分の内容について述べたもので脅迫に当たらず、いずれも適法な説得の範囲内にあるとした裁判例が存在する（東京地判昭和53年5月22日）³⁶。

これに対し、大阪高判平成1年7月11日（6（4）参照）は、令状の用意がないのに強制採尿の方法をとるごとく言及したのは不当な心理強制で違法とした。また、本件の違法捜査が行われた後ではあるが、東京高判平成22年6月4日（LLI/DB判例秘書登載）も、「使用車両に対する任意の搜索を拒む被告人に対して、搜索差押令状の発付を得るほどの証拠がないのに、令状請求をするような素振りを示すことによってその動揺を誘い、搜索を承諾させようとした」行為につき「任意捜査の方法として問題があり、不適切なものであることは明らか」と判示している。そして、本件決定もまた、「令状審査の先取り」として違法と断じたものである。

確かに、令状を取り強制採尿するという手続が存在することの説明することや、令状を取った場合の手続一般を説明することが、どのような状況においても一律に「違法」と断じることに躊躇がないではない。しかし、このような「説明」をすることは、被疑者の採尿に関する承諾に向けた不当なプレッシャーになりやすいという意味での**危険性**があるという限りでは争いはないのではないか。少なくとも、嫌疑の度合いに照らして令状を確実に取れるだけの証拠がない場合に、拒否をすれば令状を取るといって採尿を強要することは偽計的であり、これは許される捜査手法ではないだろう。また、本件において警察官が「（強制採尿により）カテーテルで体を傷めるのではなく、自ら尿を出すように」と発言しているところ、本件決定の認定を前提とすれば、この発言は、当然に令状が出ることを前提とした説明である。令状審査が未だなされていないのに、当然に令状が出ることを前提とした説明をすることは、その捜査官自身がまるで令状審査権があるように振る舞うものであって、憲法や刑事訴訟法が捜査官ではなく裁判官に令状審査権を認めた趣

36 札幌高判も東京地判もいずれも公刊物未登載であるが、幕田英雄『実例中心捜査法解説』（平成22年、第2版補訂2版、東京法令）110～111頁参照。

旨に反する。そこで、現代においては、少なくとも①嫌疑の程度に照らして確実に令状を取れると言い切れないにもかかわらず拒否すれば令状を取るとして任意採尿を求める場合³⁷や、②令状審査権のない捜査機関がまるで令状が当然発布されるように振る舞い、「任意」採尿を求める場合（本判決でいうところの「令状審査の先取り」と評し得る場合）には、これを違法とするのは当然である³⁸。

後述の大阪高判平成1年7月11日や、前記東京高判平成22年6月4日は①を示した裁判例といえ、本件決定は②を明示した裁判例と言えよう。なお、本件では、注射痕の存在、覚せい剤前科（猶予中）、携帯電話のメール中の覚せい剤に関するやりとり、同伴者の尿から覚せい剤が検出されたこと等に鑑みれば、実務的には、強制採尿令状が発布される可能性が極めて高い事案と言える。本件決定は、このような場合であっても捜査官の振る舞いを観察し、それが「令状審査の先取り」であるとしてなお違法としたものである³⁹。これは、憲法35条や刑事訴訟法218条が、捜査機関から独立した、公平・中立な裁判官によって事件を多角的に調査・判断することにより違法捜査を抑制しようとしている趣旨を重視した、重要な意味のある判断と言えよう。

6. 証拠排除の判断

東京地裁刑事部合議体において、現実に違法収集証拠を排除するとの判断がされたことが、本件決定の最も重要な点であると思料される。

(1) 概論

判例は、違法捜査が認定されてもそれだけでは証拠排除を認めず、「証拠

37（主観は兎も角）客観的に令状を取れない場合も、（客観は兎も角）主観的に令状を取れないのではないかと思っていた場合もいずれも含まれるだろう。

38 それ以外の場合でどのような場合が違法となるかといった限界事例の判断については今後さらに研究が必要であろう。

39 なお、本件決定においては、「カテーテルで体を傷めるのではなく、自ら尿を出すようにと説得した点は、強制採尿令状の発付を当然の前提としており、令状審査を先取りしたものである」との評価・認定がされている。この点は、下記6(4)で検討するような「総合的な警察官の意図・態度」から当該言辞の趣旨は、警察官がまるで令状が当然発布されるように振る舞ったものであると認定したものと考えられる。

物の押収等の手続に憲法35条及びこれを受けた刑事訴訟法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」であってはじめて当該証拠の証拠能力が否定されるとする⁴⁰。尿の任意提出手続に違法があっても、その違法が令状主義の精神を没却するような重大な違法であって、証拠採用の不当性が認められる場合でない限り、尿や鑑定書の証拠能力はなお肯定され、被告人が有罪となってしまう訳であり、現にこの昭和53年最判も、「違法」な手続で収集された証拠の証拠能力を肯定した^{41, 42}。

(2) 憲法論

学説上は、証拠排除が憲法35条、31条によるものか、刑事訴訟法によるものかという点が争われている⁴³。基本的には、昭和53年最判は、上告理由たる憲法問題ではないことを前提に職権で判断しており、同判決の解釈としては、証拠排除を刑事訴訟法上のものとしたと理解するのが通説的である⁴⁴。証拠排除を刑事訴訟法上のものと解すべき根拠としては、憲法31条及び憲

40 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁

41 昭和53年最判は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性と緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた者に対し、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図なく、また、他に強制等を加えることなく行われた本件所持品検査(判文参照)において、検察官が所持品検査として許容される限度をわずかに超え、その者の承諾なくその上衣左側内ポケットに手を差し入れて取り出し押収した点に違法があるに過ぎない本件証拠物の証拠能力は、これを肯定すべきであるとした。なお、最高裁で初めて証拠能力を否定したのが注3でも触れた最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁である。

42 昭和53年判決以降の裁判例でも、例えば、広島高松江支判平成6年4月18日判時1519号153頁(原審鳥取地判平成4年11月5日判時1465号156頁)は、明確な承諾がないまま病院から警察署に連行し、病院に帰りたいという被告人を4時間警察署に留め置き、強制採尿令状を得て、観念した被告人から尿の提出を受けた事案について、これを違法としながらも、未だ令状主義の精神を没却するほどのものではないとして証拠能力を認めた。その他、採尿手続に先立つ保護手続に違法はあるが、令状主義を潜脱するほど重大な違法ではないとして、尿の鑑定書の証拠能力を肯定した事案(浦和地判平成3年9月26日判時1410号121頁)等がある。

43 議論の実益は、違法収集証拠に関する原審の判断の違法が、上告理由(刑事訴訟法405条)なのか職権破棄事由か(刑事訴訟法411条)というものである。

44 岡次郎「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説 刑事編 昭和53年度』(昭和57年)400頁。

法35条が、憲法38条2項と異なり、証拠としての適格性について触れていないことが挙げられる。もっとも、一部の憲法学者は、憲法35条ないし憲法31条の解釈として、証拠収集過程に令状主義違反があれば、証拠排除をすることが求められているという見解を示している^{45,46}。私見としては、憲法31条、35条が違法収集証拠排除を「要請」しているという考え方自体は基本的に正当だと考えるものの、かかる証拠排除の要請も法益保護等の観点から一定の制約を受けざるを得ないところ、かかる制約を考慮した上で証拠を憲法上排除すべき基準は何かという判断過程は、刑事訴訟法上排除されるべき基準は何かという判断過程と実質的には相当程度重なり、結果的には、昭和53年最判の基準こそが憲法上排除が要請されている範囲についての基準と解されるのではないかと考えている。そして、このように、違法収集証拠排除の法則が、単なる純粋な立法政策上の問題ではなく、憲法上の要請でもあることを、判例の基準を具体的な事案に適用していく際の理論的指針として考えるとといった方向性が実務的であり適切と考える⁴⁷。

45 浦部法穂「憲法学教室」（平成18年、全訂第2版、日本評論社）297頁は「適正手続に違反して押収された物は、たとえ客観的に犯罪を証明しうる物であっても、証拠とすることはできない」のであって、最高裁判例は「憲法の掲げる適正統主義の観点からは、本末転倒というべき」等としている。同様に、渋谷秀樹「憲法」（平成19年、初版、有斐閣）224頁は「令状主義は、当該事件における司法の事前抑制を企図しており、被疑者の権利否定は、その事件の証拠排除に直結するとすべきである」としており、絶対排除説をとっているようである。もっとも、このように違法収集証拠を憲法のレベルのみで判断してしまう考え方が憲法学説上一般的とまでは言えないだろう。なお、米国では、違法収集証拠の排除は憲法上の問題ではなく立法政策の問題と捉えられているようである。

46 なお、団藤重光博士は「違憲の押収・捜索によって得られた証拠物は、違憲の抑留・拘禁中に得られた明白と同様に、証拠とならないものと解しなければならない」としている（団藤重光『新刑事訴訟法綱要』〔昭和42年、7訂版、創文社〕274頁）。

47 このように、ある事項が憲法上の要請であることを法令／法則の解釈等の指導原理とすることは、様々な法分野で広く認められている。例えば、行政法上の議論として、需給調整条項に基づく行政の許認可に関し、憲法上の職業選択の自由が申請者の利益となる方向への配慮を嚮導しているとの議論がある（交告尚史「行政法学が前提としてきた憲法論」公法研究70号（平成20年）74頁）。なお、憲法適合解釈請求権（木村草太『憲法の急所』〔平成23年、初版、羽鳥書店〕24頁参照）という概念をここで用いれば、「憲法35条が仮に抽象的権利としての証拠排除しか認めていないとしても、抽象的権利の最も基層的な内容として、刑事訴訟法上の違法収集証拠排除法則を憲法35条の趣旨に適合的に解釈することを請求できる」といった解釈をすることもできるのではないだろうか。

(3) 本件決定の判断

本件決定の認定によると、各警察官は、明確な意思連絡のもとで上記5で述べた3点の各違法行為を行った訳ではないとのことである。また、違法の度合いについても、少なくとも上記5(2)については「広い意味で違法の謗りを免れない」という程度に過ぎず、また、前述のように、上記5(3)の行為の重要部分については、昭和の時代には、これを適法と解する裁判例すら見られた。その意味では、検察側の立場から言えば「違法なのは1つ、微妙なのが2つであり、最初の違法な説得についても、結果的に1回目の採尿の尿は鑑定に回っていない以上、鑑定書の違法に直結しないのだから、少なくとも違法収集証拠として排除されるような令状主義を没却する重大な違法はない」となるだろう⁴⁸。それにもかかわらず、本件決定は、**鑑定書等の証拠能力を否定したものである**。

本件決定は、「これらの違法な捜査手続、取扱いによる影響の累積によって、被告人をして、自己の意思に基づいて尿の提出に応じるかどうか判断することを著しく困難にし、最終的にこれを承諾するに至らせた」とした上で、この一連の捜査過程には「令状主義の精神を没却する重大な違法があり、違法捜査抑制の見地からも、その結果得られた尿に係る本件鑑定書等の証拠能力を否定すべきである」とした。この点は、本件決定の特筆すべきところであると考えている。

(4) 違法の重大性に関する判例の流れの中の位置づけ

上記のとおり、判例上、違法収集証拠として排除されるためには、重大な違法性と違法捜査抑止という2つの要件⁴⁹があるとされるところ、この2つの要件はオーバーラップすると指摘され、令状主義の精神を没却するような

48 なお、本件決定前の検察官意見書においては、そもそも最初の違法行為自体存在しないと主張していたので、違法行為の存在を前提としてそれが重大な違法とはいえないという方向の議論は行っていなかった。

49 学説からの批判もあるが、判例・実務は、2つの要件が必要という、いわゆる「重畳説」ではば確定している（大澤裕、杉田宗久「対話で学ぶ刑事訴訟法判例」法学教室328号（平成20年）71頁〔杉田発言〕）。

重大な違法の有無の判断が重要と指摘される⁵⁰。

かかる重大な違法性の有無の判断手法は、諸要素の「総合判断」とされるが、その要素としては、手続違反の程度、手続違反がされた状況、手続違反の有意性、手続違反の頻発性、手続違反と当該証拠獲得との因果性の程度、証拠の重要性、事件の重大性等の諸要因を総合的に検討すべきという見解が学説上の通説であり、判例実務も同様の見解に立っていると指摘されている⁵¹。

本件は、任意提出の手続そのものに違法があった事案である。尿の採取が覚せい剤使用の捜査にとって最も核となる。したがって、それ自体に違法があった場合には違法の程度は高いとされる⁵²。ところが、上述のように、これまでの裁判例の流れに鑑みると、「任意提出そのものについてはひとまず『任意』に行われている事が多い」等と指摘され⁵³、任意提出の手続そのものが争われる事案は少ない。実際に、これまでに覚せい剤に関する違法収集証拠が問題となった事案のほとんどは、尿等の任意提出に先行する職務質問や所持品検査に違法があるとして争われた事案である⁵⁴。三井誠教授の整理で

50 例えば「違法の重大性の有無が証拠排除の実際上の分水嶺となっている(大澤裕、杉田宗久「対話で学ぶ刑事訴訟法判例」法学教室328号(平成20年)71頁[杉田発言])」といった指摘がある。

51 大谷直人「違法に収集した証拠」松尾浩也ほか『刑事訴訟法の争点』(平成14年、第3版、有斐閣)196頁。なお、本稿では、「事後的な事情の考慮」等、平成15年最判に関して問題とされた各点についての詳細な検討は割愛させていただく。

52 三井誠「違法収集証拠の排除[5]」法学教室267号(平成14年)119頁。

53 三好幹夫「56 違法排除法則—裁判の立場から」三井誠ほか編『新 刑事手続III』(平成14年、初版、悠々社)345頁。なお、後述の田口守一ほか「《座談会》排除法則の現状と展望」現代刑事法第5巻11号(平成15年)12頁[山崎学発言]参照。

54 このような職務質問、任意同行等の違法性が争われた案件については、①職務質問、任意同行の要件が存在したか否か、②任意同行、留め置きに対する被告人の拒否の意思がどの程度のものであったか、③任意同行、留め置きの際に、警察官によってどの程度の有形力が行使されているか、④違法な任意同行、留め置きの時点で、被告人を現行犯逮捕、あるいは緊急逮捕できるだけの嫌疑があったか否か、⑤警察官に令状主義を潜脱する意図があったか否か、⑥尿の提出が、被告人の自由な意思に基づいて行われているか否か(そして、そのうち、重要なのは要素③と要素④である)等の具体的な事例に即して総合判断の要素を具体化する規範が主張されている(川出敏裕「最近における覚醒剤事件無罪判決の検討(上)」ジュリスト1060号(平成7年)37頁ほか)。もっとも、本件のような直接の採尿に向けた説得過程に違法があった場合についての具体的な規範はまだ十分に議論されていないようである。もし、上記の6要件を本件にあてはめると、適法な逮捕がされ、有形力も行使されていない事案である以上、要素③や要素④に鑑み、証拠排除する程の違法はないと判断されることになるが、それは、

も、純粹に任意提出の手續そのものが争われたとされた事案は、逮捕されていない被疑者が、任意採尿の過程で便意を催したところ、便所の扉を全開にし、後ろから警察官の監視を受ける中で排便をさせられるという任意捜査の限界を脱した違法行為があり、これが令状主義の精神を没却する程の重大な違法として尿の鑑定書の証拠能力を否定したという1例しかない⁵⁵。

最近の公刊物搭載裁判例で、本件と比較的類似しているものとして、大阪高判平成1年7月11日判例時報1332号146頁がある⁵⁶。大阪高判の事案を要約すると、以下のようなものである。被告人からの電話をきっかけに、警察官が被告人方に赴き、任意同行を求めたところ、被告人はそれに応じて覚せい剤使用の事実を認め、いったんは尿の任意採取に応じてよいとして採尿容器を受け取ったものの、実際には便器に排尿してしまった。警察官は、1時間にわたって被告人を説得したが、その過程で被告人が帰宅するといって席を立とうとした際に、被告人の肩を抑えて椅子に座らせて帰宅を阻止したり、「俺らも忙しいんやから率直に小便だしてかえれ。明日の朝まで待って、裁判所から強制採尿の令状をもらってきて小便とろか。」等と言い、その後、被告人は採尿に応じたというものである。大阪高判は、留め置きは任意の取調の範囲を超え、被告人の行動の自由を違法に侵害したとし、また、その用意がないのに強制採尿の方法をとるがごとく言及したのは不当な心理強制であるとして、違法捜査を認めた。もっとも、右違法の程度は、被告人が一旦は尿の任意提出に応じる意向を示したこと、被告人の任意同行後尿提出までに要した時間が一時間程度であること、被告人の退去を阻止するのに用いられた実力行使の程度が軽微であったこと等を考慮すると、それによって得られた証拠の証拠能力を否定しなければならないほどに重大であるとはいえず、結局、右鑑定書の証拠能力は肯認されて然るべきであるとして、証拠排

覚せい剤使用の捜査の核たる採尿手續に直接向けられた違法捜査という点を軽視し、適当ではない。むしろ、このような、職務質問、任意同行等が問題となった事案の規範は、本件のような事案には適用されないと考えるのが相当である。

55 三井誠「違法収集証拠の排除[2]」法学教室264号(平成14年)116頁。なお、岐阜地多治見支判平成7年1月12日無罪事例集4集10頁である。

56 筆者が探した限りでは、三井教授が整理された以降、採尿手續そのものが主な問題となっている公判裁判例は本件判決だけであった。

除を否定した。

大阪高判と本件とで類似している点としては、説得過程の違法が問題となっている点、一度同意した後、翻意する被告人に採尿をさせようとした事案である点や、警察官が強制採尿をちらつかせて排尿を迫った点等が挙げられる。

本件と大阪高判の事案を比較すると、1時間程度という時間の短さ、及び、被告人が一旦は「任意に」尿の提出に応じる意向を示した⁵⁷ことが、大阪高判において証拠排除を否定するに至った重要な理由と思われる。もっとも、身柄が拘束されている者について「留置場で休息させない」ことと、身柄が拘束されていない者について「行動の自由を侵害した」ことについて、単純に時間の長短によって比較することは困難であり、「1時間」なのか「約半日」なのかをそのまま比較するのは相当ではないだろう。その意味では、本件決定は、大阪高判と比較して、**比較的容易に違法の重大性を認める立場**を採ったとも考えられる。

大阪高判以外も含めた過去の判例・裁判例等に照らして本件決定の特徴を考察すると、以下の4点のようにいえるのではないかと。

まず、捜査官がいくら令状が当然に発布されたと考えていたとしても、第三者的な観点から裁判官が令状審査を行うのであって、捜査官の考えと異なる観点から裁判官が令状請求を却下することもある。このようなことは捜査官としての基礎知識であり、これをあたかも既に令状発布が決まっているように申し向けることで採尿を迫るべきではないということは捜査官において常識として理解されてしかるべきである。そして、大阪高判等を踏まえれば、被告人に対して令状審査を受けていないのにも関わらず、既に強制採尿の方法をとることが決まっているかのように申し向ける捜査手法は、単に不適切というレベルを超え、違法と評価されるということも理解できるはずである⁵⁸。それにもかかわらず、警察官は、本件においても、被告人に対し、「令

57 本件の被告人は、一貫して尿検査を拒否し続けており、それが有利な判断に至ったと思われる。

58 研修において検察官等が大阪高判等を警察に教え込んでいると思われる。もっとも、こと近年多くの違法捜査が裁判所において認定されているのであり、研修がどれだけ

状審査の先取り」となる発言をもって、採尿に応じるように申し向け、結局は、被告人が採尿に同意するに至らしめたものである。この意味で、本件における警察官の行為は、パツと口をついて出てしまった不適切な発言等とは異なり、違法の重大性は高いと言えよう。また、同種事案において一度違法が宣告されているのに、再度同じことが繰り返されているのだから、違法宣告だけでは将来の違法捜査の抑止につながらないということであり、証拠排除を行うことの相当性が高いとも言えよう⁵⁹。「(違法収集証拠を排除する)裁判例が累積されても違法捜査が減少する気配を見せない」といった指摘⁶⁰がされているところ、本件決定が、このような「違法宣告はイエローカード、次に同じことがあれば、レッドカード(証拠排除)」という考えを取っており、今後の裁判例もこれに続くのであれば、より積極的に証拠排除を認める方向に進んでいくものと思われ、それは憲法や刑事訴訟法の精神に則った適切な方向性であると考えられる⁶¹。

次に、今回の警察官の態度からは、徹頭徹尾(違法捜査と断じられた行為にせよ、そこまで行かない行為にせよ)「尿を採ることで、所持罪だけでなく、使用罪でも有罪にしよう、その際には、『任意採尿』で簡易にやっしまえ」という姿勢が見られる。違法とされた3行為を分断するのではなく、それに先行する、現場でトイレに行かせず、警察署のトイレのところで、警

効果があるかという点はお問題である。

- 59 「一度違法であると宣告され警告を与えられたのに、その後また同じパターンの違法が繰り返されたならば、これは最早証拠として許容すべきではなくやはり排除すべきであるということになってもおかしくはない(田口守一ほか『《座談会》排除法則の現状と展望』現代刑事法第5巻11号(平成15年)〔笠井治発言〕8頁)』というのとはこれと同旨の見解と解される。
- 60 清水保彦「56 違法排除法則一弁護の立場から」三井誠ほか編『新 刑事手続Ⅲ』(平成14年、初版、悠々社)358頁。実際、「違法と宣告されたが、排除されなかった」という事例を知った警察官が「これは違法と言われるからやめよう」と思うのか「この程度なら被告人を有罪にできるからギリギリセーフ」と考えるのかは微妙なところであり、むしろ後者の警察官も少なからずいるのではないかという懸念がある。その意味では、裁判所が「違法宣告」にとどめる形で「救う」という判断は慎重に慎重を期すべきと考える。
- 61 とはいえ、違法収集証拠排除の事案には個性があるのは事実であり、各判決の「射程範囲」によって、「この裁判例は本件のイエローカードにはならない」といった判断もあり得るだろう。

察官が(尿検査に応じることを強制したとまでは認定できないものの)尿検査について言及して結果的には被告人が失禁という憂き目にあうといった状況等と併せて包括的に「一連の流れ」として捜査機関の行為を捉えると、このことはよく理解できるだろう。本件決定が、違法な捜査手続による「影響の累積」や「一連の捜査過程」という言葉を用いているのは、このような全体的な問題を重視したのではないかと思われる⁶²。

更に、平成15年最判の一つの特色は、捜査官の主観面における法無視の態度が、違法の重大性の判断としてかなり重く評価されていると指摘されている⁶³ところ、本件決定も、この点を重視しているのではないかと思われる。すなわち、被告人を取調室に留め置いた捜査官も、令状審査を無視して「強制採尿になるから任意でやりなさい」といった捜査官も、いずれも法廷に出廷した。この際の警察官の態度は、「悪いことをしてしまった」と後悔するといった、違法捜査により人権を侵害してしまった者としてとるべき態度とは真逆であった。むしろ、(5(3)のとおり本件決定において違法と認定された)「任意採尿に応じなければ強制採尿をすることになる」等の発言は、若い女性である被告人を気遣ってのことである等と強弁し、自己を正当化しようとしていた。事実認定が争点であったからという面もあるが、「トイレに行かせない」と申し向けた⁶⁴警察官は、その事実を真っ向から否定して、「自分は尿検査を勧めたことは一切ない」と言い切っている。もちろん、これらの警察官から被告人への謝罪は本件判決前後を通じて一切ない。その結果、被告人において、長期間にわたる証人尋問等による防御を強いられたのである。このように、違法捜査をしておきながら、このことへの反省がなく、む

62 実際には、被告人が1回目の採尿で尿を流した(なお、「任意」捜査である以上、このこと自体について被告人を責めるべきではない)ことから、捜査官がいわば「キレ」て、執拗に採尿を迫ったという要素も多々あるのではないかと思われる(ただし、本件決定がここまで明確に認定したものではない)。このような一連の流れに鑑みると、本件決定は1回目の採尿を実際に鑑定書が作成された2回目の採尿と分断せずに判断したことはまさに正当である。また、最後の警察官の「説得」の趣旨についても、「令状審査の先取り」と認定された理由の1つがこのような捜査官の態度であったと思われる。

63 田口守一ほか「《座談会》排除法則の現状と展望」現代刑事法第5巻11号(平成15年)〔田口守一発言〕12頁

64 警察官本人はこれを否定したが、本件決定でもそのように認定された。

しろ、信用性のない証言までして、「被告人が罪を免れるためになりふり構わぬ態度を示しているだけ」と主張する捜査機関の態度は、本件決定上に明示はされていないものの、裁判所が心証を形成する上で重要な役割を果たしたのではないかと考えているところである。

なお、山崎判事は「警察署まで連行された後における尿の任意提出については、多くの場合、事態が収束した後であり、被疑者側の意思も真意に基づくことが多いので、比較的任意か否かの認定に苦慮しない」と指摘する⁶⁵。山崎判事の指摘する「事態の終息」は、要するに、今捕まえないと被疑者が逃走し、証拠が散逸するという切迫性（事態の「ホット」さ）の解消を意味していると思われる。これを逆に考えれば、警察署連行後、任意提出過程に現実に違法捜査が行われた場合において、「警察官の違法捜査に対する救済判断を出す合理性」が低いと言う根拠になると考える。すなわち、事態がホットなのであれば、そこで軽微な違法行為をした警察のミスを救済し、「重大ではない」として証拠排除をしないことにも合理性がなくもないが、少なくとも事態が落ち着いているのに違法行為をするというのは、ミスを救済する必要性はないし、むしろ悪質性を基礎づけると言えるのではないか。本件でも、重大な違法が認定されたのは、このような観点もあったのではないかと考えられる。

本件判決及び本件決定に関する判例タイムズの匿名解説（判例タイムズ1356号237頁）は、「被疑者に対し、自由な排尿を許さずに、執ように尿の提出を迫ったとして、捜査の違法が問題とされることもしばしば見受けられるところであり、そうした事案についての先例として参考になるであろう。」として本件決定の意義を認めている。上記の4点以外にも類似事案を考える上で参考になる点が多いと思われ、学会及び実務において本件決定に関する議論が深められることを期待したい。

65 田口守一ほか「《座談会》排除法則の現状と展望」現代刑事法第5巻11号（平成15年）12頁〔山崎学発言〕。なお、筆者の個人的な弁護経験からは、「被疑者側の意思も真意に基づくことが多い」というのが「経験則」と言えるかについてはおおいに疑問があることを付言する。

7. 終わりに

本件決定が違法収集証拠を排除するとの判断をし、これに引き続き、本件判決が無罪との判断をしたことは、被告人の必死の主張が真実であると裁判所が認定したということであり、これ自体は喜ばしいことである。もっとも、そもそも違法捜査がなければ、被告人が1年半にも渡り、埼玉県川越市への出張尋問等を含む、実質的には30回近い公判に付き合わされ、違法捜査を行った捜査官の反省の態度の見られない証言を聞かされるといった苦痛を味わうこともなかったのである。違法捜査は本当に撲滅しなければならないと痛感した。

そして、無罪判決を得ることができたのは、ひとえに、1000時間以上もの時間を事務所事件ではなく個人事件である刑事事件のために費やし、秋田に出張したり、250回以上も接見するといったことを許して下さった所属事務所の温かなご配慮のお陰である⁶⁶。また、事務所の諸先輩には、励まして頂くと共に、適時に適切なアドバイスを頂いたことを感謝したい。

最後に、戸松秀典教授をはじめとする学習院大学法科大学院の諸先生方には、口頭発表の機会を頂き、示唆に富むコメントをいただくと共に、紀要に本論稿を発表させて頂く機会を与えていただいた。この点について、深い感謝の意を表することで、本稿を結ばせて頂きたい。

66 iPhoneやiPadといった最新の電子機器を活用し、例えば、接見の待ち時間に事務所の仕事をする等の両立を図った。