



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	関口, 和徳
Citation	北大法学論集, 61(6), 276[151]-261[166]
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45131
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-6_018.pdf



刑事判例研究

関口和徳

宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、荷送人や荷受人の承諾を得ずに、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察する行為は、検証としての性質を有する強制処分に当たり、検証許可状によらずにこれを行うことは違法である、とされた事例

最三決平21・9・28刑集63巻7号868頁

（平成19年（あ）第798号 国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律違反、覚せい剤取締法違反被告事件）

【事実】

大阪府警警察官らは、かねてから覚せい剤密売の嫌疑で大阪市内の有限会社A社に対して内偵捜査を進めていたところ、A社関係者が東京の暴力団関係者から宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じたため、宅配便業者の営業所に対して、A社の事務所に係る宅配便荷物の配達状況について照会等をした。その結果、同事務所には短期間のうちに多数の荷物が届けられており、それらの配送伝票の一部に不審な記載のあること等が判明した。そこで、警察官らは、同事務所に配達予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握する必要があると考え、上記営業所長の承諾を得て、平成16年5月6日から同年7月2日にかけて、5回にわたり、同事務所に配達予定の宅配便荷物各1個を同営業所から借り受けた上、関西空港内大阪税関においてエックス線検査を行った（なお、警察官らは、本件エックス線検査につき、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった）。その結果、1回目の検査では覚せい剤とおぼしき物

は発見されなかったが、2回目以降の検査では、いずれも、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された（以下、これら5回の検査を「本件エックス線検査」という）（なお、本件エックス線検査を経た上記各宅配便荷物は、検査後、上記営業所に返還されて通常の運送過程下に戻り、上記事務所に配達された）。

1審は、本件エックス線検査は荷送人・荷受人のプライバシーを侵害するものではあるが、その侵害の程度は軽微であるとして、本件エックス線検査を任意捜査に当たるとするとともに、任意捜査の限界を超えた違法なものともいえないとした（大阪地判平18・9・13刑集63巻7号890頁）。被告人は控訴したが、控訴審も1審の判断を是認した（大阪高判平19・3・23刑集63巻7号911頁）。

これをうけ被告人は、本件エックス線検査は任意捜査の範囲を超えた違法なものであり、本件において事実認定の用に供された本件覚せい剤等は同検査により得られた射影の写真に基づき取得した搜索差押許可状により得られたものであり、違法収集証拠として排除されなければならない、として上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」。

「本件覚せい剤等は、同年6月25日に発付された各搜索差押許可状に基づいて同年7月2日に実施された搜索において、5回目の本件エックス線検査を経て本件会社関係者が受け取った宅配便荷物の中及び同関係者の居室内から発見されたものであるが、これらの許可状は、4回目までの本件エックス線検査の射影の写真等を一資料として発付されたものとうかがわれ、本件覚せい剤等は、

違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠であるといえることができる。

しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を説明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実に占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができるかと解するのが相当である。

したがって、本件覚せい剤等を証拠排除せずに事実認定の用に供した第1審の訴訟手続を是認した原判断は、結論において正当である¹。

【検討】

1 本件エックス線検査は強制処分か

(1) 刑法197条1項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。」と規定している。ここにい

¹ 本決定の研究として、前田雅英「強制捜査と違法収集証拠排除」『警察学論集』62巻12号(2009年)171頁、正木祐史「最新判例演習室」『法学セミナー』660号(2009年)128頁、池田公博「宅配便内容物のエックス線検査の適法性」『判例セレクト』2009Ⅱ(2010年)39頁、小玉大輔「実務刑事判例評釈」『警察公論』65巻4号(2010年)89頁、坂口拓也「判例研究」『研修』748号(2010年)15頁、笹倉宏樹「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」『平成21年度重要判例解説』(2010年)208頁、野呂裕子「判例紹介」『研修』739号(2010年)109頁、緑大輔「速報判例解説・刑事訴訟法 No.5」『速報判例解説 Vol.6』(2010年)209頁。なお、1審判決の研究として、豊崎七絵「最新判例演習室」『法学セミナー』637号(2008年)118頁がある。

う「強制の処分」(強制処分)について、リーディング・ケースである【1】最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁は、「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」と定義づけた。すなわち、強制処分の要素は、「個人の意思の制圧」と「身体等〔の諸権利〕の制約」の2点ということになる²。そこで、本件エックス線検査が、「個人の意思の制圧」と「身体等〔の諸権利〕の制約」を伴うものであるのか否かが問題となる。

(2) 従前の判例の中に、本件エックス線検査のような捜査の強制処分に当たるのか否かについて明確な判断を示したものは、下級審を含めて見当たらない。この点、本件1審は、次のように述べ本件エックス線検査の強制処分該当性を否定し、任意処分に位置づけた。すなわち、「このような方法は、捜査機関が、運送中の宅配便荷物について、封を開披することなく、①目視して外部を見分する、②寸法や重量を測定する、③荷送伝票の記載を読んで荷送人・荷受人の住所氏名等や内容物として記載された品名を知るなどの方法で調査するのは性質を異にし、内容物の形状や材質について窺い知ることが可能になるという点で、荷送人・荷受人の私的な領域に一步踏み込むものである」。「荷送人及び荷受人が当該荷物に関し本件エックス線検査が実施されようとしていることを知った場合、これを承諾しないことも予想されるところ、そのような機会を与えずに荷物をエックス線検査にかけることは、その程度はともかくとして、荷送人・荷受人のプライバシー等を侵害することは否定できない」。「しかし、本件によるエックス線検査による方法は、その射影により内容物の形状や材質を窺い知ることができるだけで、内容物が具体的にどのようなものであるかを特定することは到底不可能である。したがって、この方法が荷送人・荷受人のプライバシー等を侵害するものであるとしても、その程度は極めて軽度のものにとどまる。荷物を開披した上で内容物を見分した場合に荷送人・荷受人のプライバシー等が侵害されるのに比べれば、格段の差がある」。また、控訴審も、「①エックス線を照射して宅配荷物の内容物を検査することが荷送人及び荷送人のプライバシー等を侵害するものであることは否定できないが、宅配荷物の外部から照射したエックス線の射影により内容物の形状や材質を窺い知

² 白取祐司『刑事訴訟法〔第6版〕』(日本評論社、2010年)93頁。

ることができるにとどまり、プライバシー等の侵害の程度が大きいとはいえないこと、②……それまでの内偵捜査により、同一人と思しき人物からBなる者に宛てた宅配荷物が有限会社A……の事務所に多数回配送されていたことなどの事実が判明し、本件会社の関係者が何者かから宅配荷物により覚せい剤を譲り受けている嫌疑が高まっていたこと、③本件のエックス線照射は、宅配荷物の直接の占有者である宅配業者の承諾を得て行っている上、検査の対象としたのは、C……が実名で本件会社宛に発送した宅配荷物1個とCが偽名を使用してB宛に発送した宅配荷物4個に限定されていることなどに照らすと、本件エックス線照射は任意捜査として許容される限度のものというべきである」として1審の判断を是認した。

本件1審・控訴審は、本件エックス線検査によってプライバシー侵害が生ずるとしてもその程度は大きくはない、という理解に基づいて本件エックス線検査を任意処分と位置づけたものと解される。そして、このような判断の根底には、「身体等の〔諸権利の〕制約」の「制約」には、少なくとも軽微なものにとどまる「制約」については含まれない、という考え方が横たわっているものと解される。この点、学説においては、強制処分を基礎づける「制約」について、その「制約」の態様は様々であることを踏まえ、ある程度重大な「制約」が加えられた場合には強制処分に、そこまでに至らない場合（「制約」が軽微なものにとどまる場合）には任意処分に区分する考え方が有力となっている³。強制処分にまでは至らない有形力の行使という概念を認めた前出【1】もこのような考え方にたつものと解しうる⁴。そして、本件エックス線検査によりプライバシー等の「制約」が生ずることを認めつつ、その「制約」の程度を問題として、本件エックス線検査を任意処分に位置づけた1審・控訴審も、このような考え方を踏襲したものとみることができる。

（3）1審・控訴審が本件エックス線検査を任意処分に位置づけたのに対し、本決定は、「捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察した

³ 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（2）」『法学教室』284号（2004年）68頁、井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2006年）12頁等参照。なお、白取・前掲（注2）書117頁も参照。

⁴ 後藤昭「強制処分と令状主義」『法学教室』245号（2001年）12頁も参照。

ものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される」として、本件エックス線検査を強制処分に位置づけた。本決定は、本件のようなエックス線検査による捜査を強制処分であると最高裁として初めて明確に判示した点に重要な意義がある。

本決定が本件エックス線検査を強制処分に位置づけたのは、本件エックス線検査が「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものである」ことによる。このように、当該捜査が強制処分に当たるか否かの判断において権利制約の程度を問題にしていることに鑑みると、本決定の任意処分と強制処分の区別に関する基本的な考え方は前出【1】の考え方を踏襲した1審・控訴審と共通している⁵。しかし、本件エックス線検査の処分の性格については1審・控訴審と本決定とで結論が分かれた。その理由はどこにあるのか。両者の結論の相違は、本件エックス線検査によるプライバシー侵害の程度の評価の相違によるものと解される⁶。すなわち、1審は、本件エックス線検査によって生じるプライバシー侵害の程度について、「[本件エックス線検査では]内容物の形状や材質を窺い知ることができるだけで、内容物が具体的にどのようなものであるかを特定することは到底不可能である」とした上で「この方法が荷送人・荷受人のプライバシー等を侵害するものであるとしても、その程度は極めて軽度のものにとどまる」とした。また、控訴審は、「エックス線を照射して宅配荷物の内容物を検査することが荷送人及び荷送人のプライバシー等を侵害するものであることは否定できないが、宅配荷物の外部から照射したエックス線の射影により内容物の形状や材質を窺い知ることができるにとどまり、プライバシー等の侵害の程度が大きいとはいえない」とした。これに対し本決定は、「荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつた」として、「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものである」としている。このように、1審・控訴審と本決定とでは本件エックス線検

⁵ 正木・前掲（注1）論文128頁、緑・前掲（注1）論文210頁参照。

⁶ 正木・前掲（注1）論文128頁。

査によって生じたプライバシー侵害の程度、具体的には、本件エックス線検査によって荷物の内容物をどの程度窺い知ることができたのかという点についての評価が大きく異なっている。すなわち、本決定では、1審・控訴審では認定されなかった「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつた」ことが認定されており、このことが1審・控訴審と本決定とで結論が分かれた最大の理由と解される⁷。もっとも、1審・控訴審と本決定とで結論が分かれた理由はこのような点の評価の相違のみにあるわけではないとも解される。なぜなら、本決定は、エックス線検査によって「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつた」としたが、これは、品目等の具体的特定が相当程度可能な場合もあれば不可能な場合もあるが、可能な場合の存在することがエックス線検査の強制処分性の根拠となることを示しているからである⁸。

ところで、エックス線検査に類似する捜査方法としては写真撮影が想起される。写真撮影の強制処分性に関する学説の議論においては、強制処分性を基礎づけるプライバシー侵害の重大性について、「外から見える状態か見えない状態か」を重要な判断基準とする考え方が有力化している⁹。これは、プライバシーに対する期待可能性を基準にプライバシー侵害の重大性を判断する考え方であると換言できる。このような議論を踏まえれば、本件エックス線検査の対象となった梱包された荷物についてもプライバシーに対する期待可能性が存在すると解することができるから、具体的に内容物が特定できたといえない限りプライバシー侵害の程度が軽微であるとして当該捜査の強制処分性を否定した1審・控訴審の論理には疑問を容れる余地があるように思われる¹⁰。梱包された荷物の中身の探索の方法には種々のものがあり¹¹、いかなる探索の方法であってもそれが梱包された荷物の中身を対象としたものである限り常に強制処分にあたるとまではいえないにしても、本判決の論理によれば、少なくとも、本件エックス線検査のように、梱包された荷物の中身を対象とし、「内容物によつ

⁷ 正木・前掲（注1）論文128頁。

⁸ 笹倉・前掲（注1）論文209頁。

⁹ 井上・前掲（注3）書12頁、白取・前掲（注2）書117頁。

¹⁰ 豊崎・前掲（注1）論文118頁参照。

¹¹ 笹倉・前掲（注1）論文209頁。

てはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能である」方法で行われる探索については、強制処分に当たると評価されることになると思われ、この点に本決定の重要な意義が認められる。

(4) ところで、先にみたように【1】の示した強制処分の要件は、「個人の意思の制圧」と「身体等〔の諸権利〕の制約」の2点であるが、本件エックス線検査が「個人の意思の制圧」を伴うものか否か¹²について本決定の中では触れられていない¹³。この点をどのように理解すべきか。本件エックス線検査は、相手方不知の間に行われていたものであるが、このような方法が、「個人の意思の制圧」を伴うものといえるのか否が問題となる。

この点、従前の判例の中には、相手方不知の間に行われた電話傍受（盗聴）の合憲性の判断において、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」と判示したものがある（【2】最決平11・12・16刑集53巻9号1327頁）。【2】においては、電話傍受が強制処分に当たることが明らかとされたが、そこでは、電話傍受が「個人の意思の制圧」を伴うものなのか否かが具体的に検討されることなく、電話傍受が「通信の秘密を侵害」し「プライバシーを侵害すること」から直截に強制処分であるという結論を導いている。

学説においても、強制処分には、【1】の事案のように有形力行使によって現実に「個人の意思の制圧」を伴う捜査だけでなく、相手方不知の間に「身体等〔の諸権利〕の制約」を加える捜査についても強制処分に含める考え方が有力である。たとえば、田宮裕博士は、「強制処分とは……相手方の権利侵害をきたす場合をも加えて考えるべきではないかと思われる。すなわち、処分態様の異常性のほか、処分の向けられた法益の内容にも注目すべきであって、強制に基づく場合や義務を負わせる場合のみならず、隠密裏にはあっても、同意を得ずに個人の法益を侵犯するような場合も、強制処分と解すべきであろう」¹⁴とされた。また、井上正仁教授も「本人が知れば当然拒否すると考えら

¹² この論点につき、白取祐司「捜査官の欺罔による『承諾』と手続の適正」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002年）507頁以下、宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」『研修』733号（2009年）11頁以下参照。

¹³ 緑・前掲（注1）論文2頁も参照。

¹⁴ 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）71頁。

れる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表示された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきである。この理は、例えば、住居主が不在のときに、その住居に立ち入って捜索を行うのが任意処分とは到底いえないことを考えてみれば、容易に理解できる」¹⁵とされる。さらに、白取祐司教授も、「盗聴のように相手方不知の間に侵害することもあるから、現実には意思を『制圧』したことまで要せず、本人が知れば当然に反対する場合も含む」¹⁶とされる¹⁷。このような考え方にたてば、「個人の意思の制圧」については、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」と捉えるべきことになる¹⁸。また、「個人の意思の制圧」についてこのような理解が可能であるとする、強制処分とは「被処分者の意思または推定的意思に反する法益侵害行為」と端的に言うるのではなからうか¹⁹。先にみた【2】が、電話傍受について、「個人の意思の制圧」を伴うものなのか否かを具体的に検討しなかったのは、このような考え方を前提にしているものと解される。本決定が、本件エックス線検査が「個人の意思の制圧」を伴うものなのか否かについて具体的な検討をしなかったのも、同様の理由に基づくものであろう。

(5) 以上をまとめると本決定は、本件エックス線検査が「プライバシー等を大きく侵害するもの」であること、および、本件エックス線検査が被処分者の推定的意思に反することを根拠に本件エックス線検査を強制処分に位置づけたものということになる。もっとも、この点に関し前田雅英教授は、【3】最大判昭44・12・24刑集23巻12号1265頁（京都府学連事件）や【4】最決平20・4・15刑集62巻5号1389頁などを挙げつつ、「強制捜査として令状を要するかどうかの判断にも、嫌疑の濃さや当該捜査の必要性・緊急性の程度が影響を与える」²⁰余地がありうることを示唆される。たしかに、【3】は、「何人も、その承諾な

¹⁵ 井上・前掲（注5）書10頁。

¹⁶ 白取・前掲（注12）論文507頁。

¹⁷ このような考え方にたつ最近の研究として、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）233頁。

¹⁸ 井上・前掲（注5）書10頁。

¹⁹ 白取・前掲（注12）論文507頁。なお、川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下）』（判例タイムズ社、2006年）29頁。

²⁰ 前田・前掲（注1）論文177頁。

しに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」とする一方で、「現に犯罪が行われもしくは行われたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われるときは」適法であるとし、また、【4】も、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必用な証拠資料を入手するため、これに必用な限度において、公道上进行している被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである」、「これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な限度において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なもの」として、それぞれ当該捜査の適法性判断において、権利の制約と捜査の必要性・緊急性といった要素とを利益考量している。本件1審・控訴審も、このような利益考量を踏まえて、本件エックス線検査を適法と判示している。

しかし、【3】・【4】は、当該捜査によって生じた権利侵害自体を重大なものとは捉えておらず、当該捜査が任意処分に区分されるものであることを前提にそれらの適法性を判断する文脈において必要性・緊急性等を検討したものである²¹。本件1審・控訴審も、本件エックス線検査によって生じるプライバシー侵害を軽微なものにとらえ、同検査を任意処分と位置づけたものである。これらの点は見過ごすべきではないのではなからうか²²。すなわち、上記はいずれも、当該捜査を任意処分に区分したうえで、その任意処分としての適法性を判断する中で、利益考量が行われているのである。これに対し、本決定は本件エックス線検査によるプライバシー侵害の重大性を肯定し、同検査を強制処分に位

²¹ 【3】の位置づけにつき、井上・前掲（注3）書13頁参照。

²² 判タ1250号339頁の匿名解説が、本件1審について、最決昭59・2・29刑集38巻3号479頁（高輪グリーンマンション事件）と同様の立場にたつと解説したのも、本件1審が本件エックス線検査を任意処分に位置づけていることが前提となっているのである。

置づけているのであるから、任意処分の適法性判断の文脈で捜査の必要性・緊急性等を検討した【3】・【4】や本件1審・控訴審の判示は、本決定には妥当しないというべきであり、本件のように高度のプライバシー侵害が認められるような場合においては、利益考量の余地はないと解すべきである。本決定が、本件エックス線検査が強制処分に当たるか否かの判断において捜査の必要性・緊急性等に言及しなかったのも、まさにこのような理解にたっているためであると解される。

2 本件証拠の証拠能力

(1) 以上にみたように、本件エックス検査が強制処分に当たり違法であるとする、そのような違法な捜査手続によって収集された証拠を疎明資料として発付された捜索差押え許可状によって収集された本件覚せい剤等の証拠能力が問題となる。

ところで、違法な捜査手続によって得られた証拠の証拠能力について、リーディング・ケースである【5】最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁は、警察官が職務質問に際し相手方の承諾なく上衣左内側ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したところそれが覚せい剤であった、という事案につき、「証拠物の押収等の手続に、……令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」とする。【5】のいう証拠排除の要件は、(イ)証拠物の押収等の手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があること(違法の重大性)、(ロ)当該証拠を許容することが違法捜査抑制の見地からして相当でない場合(排除の相当性)、の2点をともにみたすことであり、【5】はいわゆる「相対的排除説」にたつものと解されている²³。

もっとも、【5】と本件とはやや事案を異にする。【5】では違法な所持品検

²³ 白取・前掲(注2)書363頁参照。なお、【5】以降の判例は一貫して、この「相対的排除説」にたつて違法収集証拠の証拠能力を判断してきた(最判昭61・4・25刑集40巻3号215頁、最決昭63・9・16刑集42巻7号1051頁、最決平6・9・16刑集48巻6号420頁、最決平7・5・30刑集49巻5号703頁、最決平8・10・29刑集50巻9号683頁、最判平15・2・14刑集57巻2号121頁[後出【7】]等参照)。

査によって発見された覚せい剤の証拠能力が問題となったのに対し、本件では、違法な本件エックス線検査によって得られた証拠（本件エックス線検査で撮影された写真）を疎明資料として発付された搜索差押許可状に基づいて行われた搜索によって発見された覚せい剤等の証拠能力、すなわち派生証拠（2次証拠）の証拠能力が問題となっている²⁴。2次証拠の証拠能力については、いわゆる毒樹の果実論の適用の有無が問題とされる²⁵。日本の判例においては、【6】最判昭58・7・12刑集37巻6号791頁の伊藤補足意見が初めて毒樹の果実論について言及した。その後の最高裁判例において、毒樹の果実論それ自体について詳細に検討したものはいまだ存在しないが、違法収集証拠の証拠能力を否定した初の最高裁判例である【7】最判平15・2・14刑集57巻2号121頁が、違法な身体拘束中に得られた尿（1次証拠）の証拠能力のみならず、これを疎明資料として発付された搜索差押許可状に基づく搜索によって発見された覚せい剤とこれに関する鑑定書（2次証拠）についてもその証拠能力を問題としていることに鑑みると、毒樹の果実論が適用されることが前提になっているといえる²⁶。

（2）本決定は、本件覚せい剤等について、「本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件

²⁴ 笹倉・前掲（注1）論文210頁、緑・前掲（注1）論文211頁。

²⁵ 毒樹の果実論については、さしあたり、光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、1974年）291頁、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985年）412頁、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集（下）』（有斐閣、1998年）515頁参照。

²⁶ 朝山芳史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成15年度』（法曹会、2006年）47頁参照。

エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である」として、最終的にその証拠能力を肯定している。

本決定は、本件覚せい剤等の証拠能力につき、「違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠」の証拠能力の問題として処理していることから、本件覚せい剤等の証拠能力を2次証拠の証拠能力の問題と捉えていることが窺える²⁷。もっとも、本決定の本件覚せい剤等の証拠能力の判断方法をみると、違法収集証拠排除法則の適否と毒樹の果実論の適否とが混在した形となっているように見える。このような形になったのは、本件においては1次証拠の証拠能力が問題とされていないことに起因するものと解される²⁸。2次証拠の証拠能力については、1次証拠の証拠能力が否定される場合（すなわち、【5】が証拠排除の要件とした「違法の重大性」と「排除の相当性」が肯定される場合）に、その1次証拠に基づいて得られた2次証拠についてもその証拠能力も否定すべきか、という形で検討されることになる²⁹。しかし、本件においては1次証拠の証拠能力が問題となっていないため、通常は1次証拠の証拠能力を判断する局面で検討されるべき「違法の重大性」と「排除の相当性」が2次証拠にあたる本件覚せい剤等の証拠能力の判断の局面で検討されたのである。

このような本決定のとした2次証拠にあたる本件覚せい剤等の証拠能力の判断方法は、毒樹の果実論の本質を如実に浮かび上がらせたものともいえる。先にも述べたように、毒樹の果実論は、違法な捜査手続によって得られた1次証拠の証拠能力を否定する場合に1次証拠に基づく2次証拠の証拠能力まで否定すべきなのかという形での問題設定がなされることになるが、突き詰めれば、この毒樹の果実論の本質は、1次証拠収集の基礎となった違法な捜査手続の影響が1次証拠のみならず2次証拠についても及んでいるのか否か、にあるということである³⁰。2次証拠についても、結局のところ、違法収集証拠排除法則の適用の可否が問われていることに相違はないのである。

²⁷ 緑・前掲（注1）論文212頁参照。

²⁸ 緑・前掲（注1）論文211頁以下。

²⁹ 前出【7】参照。

³⁰ 川出・前掲（注25）論文516頁以下、朝山・前掲（注26）論文47頁参照。

(3) 本決定は、本件エックス線検査を強制処分に位置づけてこれを違法と断じたが、「違法の重大性」については、これを否定している。「違法の重大性」について、【5】は、捜査官側に令状主義を潜脱する意図が存在することが必要であるとしている。このような意図の存否は、判例上、「違法の重大性」を判断するうえで重要視されているといえる。最高裁として初めて、「違法の重大性」を認めて証拠排除にいたった【7】も、「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（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、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。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである」としている。本決定が、本件エックス線検査について、「プライバシー等を大きく侵害するものである」として強制処分に位置づける一方で、「違法の重大性」を否定しているのも、警察官側の意図を重要視した結果であると解される。

(4)ところで、本決定が本件エックス線検査の違法性を判断するのに際し「検証許可状の発付を得ることが可能だった」と述べているが、「検証許可状の発付を受けることが可能だった」ことが本件エックス線検査の違法の重大性の判断においてどのように考慮されているのかが必ずしも判然としない³¹。本件については、本件エックス線検査実施前に捜査機関は対象者らへの嫌疑を相当深めていたことが窺え、検証許可状の発付を受けた上で検査を実施することも可能であったのではないかと指摘もある³²。文字通り「検証許可状の発付を受けることが可能だった」にもかかわらず、その発付を受けずに検証を行ったとすれば、それはまさに「令状主義の精神を没却する」違法行為というべきであ

³¹ 池田・前掲（注1）論文39頁。

³² 坂口・前掲（注1）論文23頁。

る³³。それにもかかわらず、本決定はなぜ違法の重大性を否定したのであろうか。この点に関しては、(イ) 本件嫌疑の高さ、宅配便業者の承諾の存在、検査対象限定の配慮等、本件エックス線検査の違法性自体を軽減しうる事情、(ロ) 本件覚せい剤は司法審査を経た搜索差押許可状に基づく搜索により発見されたものであるところ、同許可状請求の際の疎明資料としては本件エックス線検査で撮影された写真以外の資料も提出されていることから、本件エックス線検査と本件覚せい剤等との「関連性を希釈する事情」を考慮したことが違法の重大性の否定に結びついたという見方も可能である³⁴。もっとも、(イ)については、嫌疑の高さは「検証許可状を得るべき事情として違法の重大につながる」³⁵ともいえるし、本件エックス線検査の違法性の根拠が荷送人・荷受人のプライバシー侵害であることにてらせば³⁶、宅配便業者の承諾の存在はそのようなプライバシー侵害を軽減するものではなく、違法性もまた軽減しないという見方もできる。また、(ロ)についても、本件エックス線検査で撮影された写真以外の資料のみによってはたして搜索差押え許可状が発付されたのかについてはなお検討の余地がある³⁷。

思うに、本決定が「検証許可状の発付を受けることが可能だった」としながら、違法の重大性を肯定しなかったのは、本件の特殊事情として、本件エックス線検査のような捜査方法の強制処分該当性について明確に判示した従前の判例が存在しないことから、本件エックス線検査が行われた時点においては、本件エックス線検査が強制処分に当たるのか否かすなわち令状の要否が分明ではなかったという点を挙げることができるのではなからうか。本決定は、このような点を踏まえ、令状を得ることなく本件エックス線照射を行った警察官の側に「令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえない」（すなわち、本件エックス線検査が強制処分に当たることを認識しながら敢えて令状を得ずに検査を実施したという状況は存しなかった）との判断にいたったものと解さ

³³ 緑・前掲（注1）論文212頁。

³⁴ 緑・前掲（注1）論文212頁参照。

³⁵ 正木・前掲（注1）論文128頁。

³⁶ 緑大輔「令状における規律—『搜索及び押収』と令状主義」『法学セミナー』668号（2010年）124頁以下も参照。

³⁷ 正木・前掲（注1）論文128頁。

れる。本決定がだされたことにより、本件のようなエックス線検査が強制処分にあたることが明らかとなった。以降同様の事例が現れた場合には、「違法の重大性」を認めてそれによって得られた証拠の証拠能力を否定すべきであろう。また、上述のような本決定の理解にたつと、裁判所は重大な違法を認めて証拠排除に踏み切ることが予想される。

なお、本決定は、「その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができる」と解するのが相当」としており「証拠の重要性等諸般の事情」が本件覚せい剤等の証拠能力を肯定する方向での考慮要素となっていることが窺える。しかし、「証拠の重要性等諸般の事情」は、本件覚せい剤等の収集過程に重大な違法が認められないことを判示したうえで、触れているにすぎないのであるから、証拠収集過程に重大な違法が認められる場合においてもなお、「証拠の重要性等諸般の事情」を根拠に当該証拠の証拠能力を肯定できるとする趣旨までは含まれていないものと解すべきである³⁸。

〔付記〕

- ・ 本稿は、日本刑法学会北海道部会（北大刑事法研究会共催）（2010年3月13日、於北海道大学）における研究報告を基にしたものである。
- ・ 校正中に、葛野尋之「宅配便荷物のエックス線検査の適法性」『法律時報』83巻2号（2011年）122頁に接した。

³⁸ 笹倉・前掲（注1）論文210頁参照。