

＜判例研究＞

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

最高裁平成 21 年 9 月 28 日第 3 小法廷決定（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）

刑集 63 卷 7 号 868 頁

大 野 正 博

【事実の概要】

大阪府警察本部生活安全部所属の警察官らは、かねてから覚せい剤密売の嫌疑で大阪市内の有限会社 O 社に対して内偵捜査を進めていたが、有限会社 O 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ことから、Y 運輸株式会社平林営業所に対して、有限会社 O 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宅配便荷物が届けられており、それらの配送伝票の一部には不審な記載のあること等が判明した。そこで、警察官らは、同事務所に配達される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、上記営業所の長に対し、協力を求めたところ、承諾が得られたので、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、同事務所に配達される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。その結果、1 回

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

目の検査においては覚せい剤とおぼしき物は発見されなかったが、2回目以降の検査においては、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。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。また、警察官らは、本件エックス線検査について、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった。

その後、4回目までのエックス検査における射影の写真等を疎明資料の一部として発付された搜索差押許可状により搜索が実施され、5回目のエックス線検査を経て、有限会社〇社関係者が受け取った宅配便荷物の中、および同関係者の居室内から、覚せい剤、および覚せい剤原料が発見された。

被告人らは、覚せい剤取締法違反の事実により起訴された（その後、同法違反と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の訴因に変更された）。

弁護人側は、本件エックス線検査は、無令状で行われた違法なものであり、本件覚せい剤は、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るため、違法収集証拠として排除しなければならない旨の主張をした。

第1審（大阪地判平成18年9月13日判タ1250号339頁）は、「宅配便荷物をエックス線検査にかけると、その射影を見ることにより、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。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、封を開破することなく、(1)目視して外観を見分する、(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とは性質を異にし、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

本件のような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ものであ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、格段の差があるといわなければならない。以上によれば、本件のエックス線検査による方法は、刑事訴訟法 197 条ただし書にいう「強制の処分」に属するものではなく、捜査機関がいわゆる任意捜査として実施しうるものというべきである。……エックス線検査を実施しようとした時点において、有限会社〇社関係者らが宅配便による大規模な覚せい剤譲受けに関与しているとの嫌疑があり、エックス線検査の実施による荷送人・荷受人のプライバシー等の侵害の程度がそれほど高くないのに対し、この方法によらなければ、大規模な覚せい剤譲受け事犯の真相を解明し、更なる証拠を収集して、犯人検挙に至るといことが困難であるという状況下において、本件のエックス線検査が行われたものである。また、その実施方法自体に不相当と思われる点はない。したがって、本件のエックス線検査による捜査方法は任意捜査として許されるものである。本件において、エックス線検査を実施したことは違法ではないから、これによる証拠が違法収集証拠であり、各証拠の証拠能力を否定するべきであるとする弁護人の主張は理由がない」と⁽¹⁾した。

控訴審（大阪高判平成 19 年 3 月 23 日 LEX/DB 2545630）も、当該判断を是認したのであるが、これに対し、弁護人側は、本件エックス線検査

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

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覚せい剤及び覚せい剤原料は、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るから、違法収集証拠として排除されなければならないとの主張により、上告がなされた。

【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。」

「次に、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。」

【研究】

1. 本決定の意義

第1審判決は、本件エックス線検査は違法であるとする被告人等の主張に対し、「本件のエックス線検査による捜査方法は任意捜査として許されるものである。本件において、エックス線検査を実施したことは違法ではないから、これによる証拠が違法収集証拠であり、各証拠の証拠能力を否定するべきであるとする弁護人の主張は理由がない」として、これを退け、控訴審も当該判断を是認した。

以前、仮に第1審判決を正当化するのであれば、如何なる筋道を立てることが可能であるかを試みたことがある。⁽²⁾しかし、最高裁判所は、本件のよう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、「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あたるものと解される」とし、その根拠として、第1審においても言及されている検

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検査許可状を得ることもなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

査による内容物の形状や材質の窺知可能性に加え、「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」⁽³⁾ことを挙げている。これにより、最高裁が念頭においている強制処分の意味が示されるのと同時に、被処分者のプライバシー概念についても、その一端が述べられたことになり、本決定は非常に意義のある判例であると位置付けられよう。また、本決定は、証拠排除の要否についても検討をなしており、その点もまた重要であると思われる。

よって、以下では順次、これらの点について検討していくこととする。

2. エックス線検査の適法性

1 刑事訴訟法 197 条 1 項は、「捜査をするについては、その目的を達成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のある場合でなければ、これを行うことができない」とし、任意処分と強制処分という対概念を規定しているが、当該規定は、捜査機関が執り得る処分につき、刑事訴訟法に「特別の定」をなす必要のある処分とそうでない処分に分けることに実益があるといえる。

任意処分と強制処分の区別に関する基準に関し、従来、学説においては、⁽⁴⁾①物理的強制説が通説的地位を占めてきた。しかし、この点につき、酒酔い運転の嫌疑により、警察署へ任意同行された被処分者に対し、警察官がアルコール保有量を調べるため、呼気検査に応じるよう 2 時間ほど説得していた際に、退出しようとした被処分者の左手首を掴んだ行為の適法性が争われた事案（いわゆる「岐阜呼気検査事件」⁽⁵⁾決定）において、最高裁判所は、「強制手段とは、有形力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ものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわ

なければならない。ただ、強制手段にあたらない有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのだから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性などを考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」と判示した。これにより、強制処分であるか否かを判断する際に、物理的な強制力の行使の有無を直接の指標とするわけではなく、また任意処分についても、無条件にこれが許容されるのではなく、必要性・緊急性・相当性を基準にその適否が判断されるべきとしたのである。これに伴い、学説も、強制処分の定義に関し、②権利侵害説⁽⁶⁾、③重要な権利侵害説⁽⁷⁾、④プライバシー侵害説⁽⁸⁾、⑤実質的権利危殆説等⁽⁹⁾が主張されてきた。

しかし、いわゆる「岐阜呼気検査事件」決定が示した基準中、「個人の意思を制圧」したか否かの判断は、有形力の行使等、警察官の行為が被処分者に対し、直接向けられている場合に対しては可能であっても、たとえば通信傍受のように、被処分者に気付かれない状態で行われる捜査手法については、「個人の意思を制圧」したか否かの判断は不可能であるといわざるを得ない⁽¹¹⁾。よって、いわゆる「岐阜呼気検査事件」決定については、有形力の行使が問題となるケースの先例でしか過ぎず、被処分者に対し、秘密裡になされる処分については、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定が先例であると評価すべきが妥当であろう⁽¹²⁾。つまり、最高裁判所は、いわゆる「岐阜呼気検査事件」決定を引用せず、「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処分であるが、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではないと解すべきであって、このことは所論も認めるところである。そして、重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることもなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許されると解するのが相当である」と判示しているのは、「個人の意思を制圧」したか否かの要件につき、「推定的に反している」としか評価しようがないためであると思われる。よって、最高裁判所は、強制処分⁽¹⁴⁾の定義につき、事案の性質によって、2つの基準を使い分けしていると考え⁽¹⁵⁾るべきことになろう。

2 本決定は、いわゆる「岐阜呼気検査事件」決定も、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定のいずれも引用していないが、本件エックス線検査は、被処分者に対し、秘密裡になすことが前提であり、プライバシー侵害の大小を基準として強制処分性を判断していることに照らせば、やはり、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定に沿った判断がなされたものであると位置付けることが妥当ではなかろうか。⁽¹⁵⁾

但し、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定は、単に「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処分」としているのに対し、本決定は、「エックス線検査は、…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」として、プライバシー侵害の程度を基準に、「検証としての性質を有する強制処分に当たるもの」と解している点で異なる。

なお、第1審判決も、原審判決もプライバシー侵害の程度を基準に判断を示しているが、いずれもその程度は本件における最高裁判所の判断と異なり、決してプライバシー等を大きく侵害するものとは解していない。つまり、第1審判決は、「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ととどまる。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、格段の差があるといわなければならない」とし、同様に原審判決も、「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受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は大きいとはいえない」との理由で、いずれも任意処分と解しているのである。

この点につき、「強制処分法定主義は、捜査のための権利制約を規制することを目的とする。この目的のためには、同意に基づかない権利制約があれば、侵害の程度を問わず強制処分とするという基準の方が、より忠実である⁽¹⁶⁾」との指摘が存在する。そのため、酒巻教授は、本決定に対し、「X線撮影を行った結果として、内容物が明瞭に認知できず個別具体的事案において対象者の現に被った法益侵害の程度がそれほど大きくなかったとしても、そのことは、当該処分の類型的な性質決定に影響するものではない⁽¹⁷⁾」と評価される。

しかし、同意に基づかない権利制約に対し、程度を一切考慮せず判断することになれば、たとえばエックス線検査と同様に、荷物を開披しないで行う薬物探知犬を用いた臭覚探知行為等も、すべて強制処分として位置付けられかねないことになろう。よって、法益侵害の程度について考慮すべきことが必要であることは、言うまでもない。

なお、正木准教授、緑准教授とも、法益侵害の程度を問うこと自体に疑問を提示しながらも、本件エックス線検査による射影写真の精度は、その後の搜索差押許可状請求の疎明資料となる程度に具体的なものであったことから、強制処分としてこれを肯定するのに十分なものであったと解されている⁽¹⁹⁾。しかしながら、疎明試料になり得た場合に、必ずしも本決定において認定されている程度のプライバシー侵害を生じる場合ば

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

かりであるともいえないであろう。⁽²⁰⁾

3 本決定における判断で注意すべきは、「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」としている点である。最高裁判所は、本件エックス線検査の実施においては、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のみで、プライバシーが侵害が小さいものの、仮に内容物がたとえば拳銃のように形に特徴があり、金属であれば、形状や材質を窺い知ることができる場合があるため、プライバシー侵害の程度は大きく強制処分にあたるとしたことから、本件事案においては、「現実の検査対象物件に実際に含まれていた物」についてではなく、「当該エックス線検査によって対象となり得る物」についての特定の可否を論じたのである。

本来であれば、裁判所がなす法的判断は、一般に個々具体的な処分に対してなすべきであり、この点から当該最高裁判所のなした判断には、疑問が無いわけではない。しかし、渡辺教授が説明されるように、「検査の対象物がたまたま特定不能だったら任意処分、特定可能であれば強制処分とするのでは、前もって適正な処分を捜査機関に求めることができなくなる」ことに照らせば、「宅配便荷物に対するエックス線検査」という制限下において被処分者のプライバシーをもっとも大きく侵害するケースをベースとして判断することには、必ずしも理由がないとはいえないことになろう。⁽²¹⁾ 但し、今後、本件で示されたように対象物件を一般化・抽象化し、最大の法益侵害ケースを基準として判断することを他の捜査手法の適法性判断にも拡大していくか否かは、慎重な判断が必要であると思われる。

また、これまでに示された所持品検査に関する判例との整合性も検討

しなければならないのではなからうか。最高裁判所は、いわゆる「米子銀行強盗事件」判決⁽²²⁾において、「所持品検査の態様は携行中の所持品であるバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく」、搜索にわたらない限り、任意処分として許容されると判示し、いわゆる「大阪天王寺覚せい剤事件」判決⁽²³⁾においては、「被告人の上衣左側内ポケットの所持品の提示を要求した段階においては、被告人に覚せい剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められ、また、同巡査らの職務質問に妨害が入りかねない状況もあつたから、右所持品を検査する必要性ないし緊急性はこれを肯認しうところであるが、被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において搜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであって、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である」と判示している。所持品検査の適法性判断については、これまで「プライバシー領域への侵害の有無」ではなく、「プライバシー侵害の程度」を基準に適否の判断をなしてきた点で、エックス線検査の適否と共通するため、この点が問題となろうが、エックス線検査は、被処分者に対し、秘密裡にこれを行う点など捜査手法の観点からすれば、最高裁判所は、所持品検査に比し、より厳格な判断を示したとの解釈が可能かもしれない。

4 本決定は、エックス線検査を、「検証としての性質を有する強制処分に当たるもの」と解している。検証とは、一般に、「五官の作用によって物の状態を認識する処分をいう」⁽²⁴⁾とされる。本件事案においては、宅配便業者より借り受けた宅配便荷物に対し、エックス線検査装置を用いて、内容物の形状を認識・把握し、写真に記録したのであるから、刑

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

事訴訟法 218 条 1 項に規定する検証に該当するといえ、最高裁判所の判断は素直な解釈であったといえよう。むしろ重要なことは、「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」としている点であるように思われる。つまり、今回の事案については、検証許可状の発付が可能であったにも関わらず、その発付を受けることなく、エックス線検査を実施しているため違法であるが、今後は、同様のエックス線検査を実施する場合、検証許可状の発付さえなされれば可能であることを明らかにしたことに意義があるのではなかろうか。今後、エックス線検査を実施する場合には、如何なる場合にも必ず検証許可状の発付が必要であるとする⁽²⁵⁾ことに違和感を感じざるを得ないが、実務上は、本決定に沿った形で運用されることになるのであろう。

この点につき、池田准教授は、⁽²⁶⁾「ただ、必ずしもこうした見方と矛盾するものではないが」、との前置きをしたうえで、「検査の時点で嫌疑にかかる覚せい剤等自体が発見されておらず、その後検査を機縁とする形で、検査対象の荷物から覚せい剤が発見され、差し押さえられているという経緯を端的にみれば、本件検査はむしろ、覚せい剤等発見に向けた⁽²⁷⁾搜索としての性質を有していたものと位置づけられうるのではないか」との疑問を提示している点は、非常に興味深いと思われる。

5 なお、本件事案においては、エックス線検査を実施するにあたり、宅配便業者に対し、宅配便荷物の配達状況について照会等をなしているが、宅配便業者に存在する伝票等に関する帳簿については、刑事訴訟法 197 条 2 項に基づき、照会して必要な事項の報告を求めることが可能である。もし、宅配便業者がこれに応じなかった場合には、搜索差押許可状に基づき、これを差し押さえることになる。

では、宅配便業者から、捜査機関が宅配便荷物を借り受けたことにつ

いては、如何に考えるべきか。本決定は、「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」行われたことを、エックス線検査が強制処分に該当することの根拠として挙げている。当該宅配便荷物については、現に配送のために占有・所持している宅配便業者と宅配便荷物の内容につき、プライバシーの期待を有する荷送人・荷受人の権利が重疊的に存在しているのであるが、最高裁判所は、荷送人・荷受人の権利を前提に判断を示したのである。

この点については、仮に宅配便業者に刑事訴訟法 221 条に基づく任意提出をする権限が認められるとするならば、捜査機関は宅配便業者より宅配便荷物の任意提出を受け、これを領置したうえで、エックス線検査で中身を確認し（刑事訴訟法 222 条 1 項・111 条）、宅配便荷物を宅配便業者に還付する（刑事訴訟法 222 条 1 項・123 条 1 項）という構成を採ることも不可能ではなかったように思われる。ところが、捜査機関の宅配便荷物借り出しの申出に対する営業所長の承諾については、その存在を明示的に認定しているにも関わらず、適法性判断については特に顧慮されておらず、また上記のような任意提出・領置の構成についても、触れられることはなかったことからすれば、最高裁判所は、宅配便業者に対しては、そもそも任意提出する権限が認められていなかったと解した⁽²⁸⁾と考えるべきであろう。仮に宅配便業者に任意提出の権限が認められていると解するとしても、それは同時に捜査機関が宅配便荷物の内容を確認する権限までも含むものでなければ、捜査機関は宅配便荷物を領置したとしても、まったく無意味であることからこのことは明らかである。

本決定により、エックス線検査が、検証という強制処分であることが認められたことにより、今後、エックス線検査実施のために、宅配便荷物を借り出す行為は、強制採尿令状に基づく強制連行と同様、検証許可⁽²⁹⁾状の本来的効力としてこれを認めるか、あるいは刑事訴訟法 222 条 1

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

項・129条に基づく「必要な処分」としてこれを肯定することになる⁽³⁰⁾。

また、捜査機関によって、検証により制約される利益が、宅配便荷物の内容(プライバシー)であるならば、当該プライバシーは荷送人・荷受人のみに帰属することになるため、検証許可状は、荷送人・荷受人単位で発付することになる。

では、発付された検証許可状に基づき、捜査機関がエックス線検査を実施する際、荷送人、または荷受人に対し、検証許可状を呈示しなければならないことになるのであろうか。この点については、秘密裡に行うエックス線検査の性質上、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定を敷衍すれば、必ずしも荷送人、または荷受人に対し事前に検証許可状を呈示することは必要不可欠なものであるとまではいえず、宅配便業者への呈示⁽³¹⁾により、執行することは不可能とまではいえないように思われる。

3. 違法収集証拠の排除法則

1 最高裁判所は、本件エックス線検査を検証としての性質を有する強制処分に当たるものとし、検証許可状の発付を得ることが可能であったにも関わらず、検証許可状によることなく実施されたエックス線検査は、違法であるといわざるを得ないとし、違法であるエックス線検査によって得られたエックス線射影写真等(一次証拠)に基づき、その後の搜索差押許可状によって得られた覚せい剤等(派生証拠)の証拠排除を否定している。よって、以下では、この点につき、検討を加える。

2 違法な収集手続によって得られた証拠の証拠能力については、憲法上、あるいは刑事訴訟法上の明文規定は存在しないが、いわゆる「大阪天王寺覚せい剤事件」において、「事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法35条が、憲法33条の場合及び令状による場合を除き、住所の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、

これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に憲法 35 条及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」と判示して、違法収集証拠の排除法則を採用した。つまり、「司法の廉潔性 (judicial integrity) の維持」と「違法な捜査を抑止」を根拠とし、違法収集証拠を許容することが相当でない場合には、証拠能力は否定されたとしたのである。

本件事案においては、4 回目までのエックス検査における射影の写真等が一次証拠に当たり、最高裁判所は、当該エックス線検査を違法であるとしている。この写真等を疎明資料の一部として発付された搜索差押許可状に基づき収集された覚せい剤等が、派生証拠として位置付けられよう。

「違法性の承継論」を初めて採用したいわゆる「奈良生駒覚せい剤事件」⁽³²⁾決定は、「任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である」とし、先行捜査行為と後行捜査行為が「同一目的に向けられ」、先行捜査行為によって齎された状態を「直接利用」することにより、後行捜査行為がなされた場合に、初めて先行捜査行為の違法の有無・程度を十分に考慮して後行捜査行為の適否を判断することになることを明らかにした⁽³³⁾。その後の最高裁判所判例は、「同一目的」という要件は示さず、「直接利用」要件のみを掲げているものの、いわゆる「浅草覚せい剤使用事件」⁽³⁴⁾決定やいわゆる「第一

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることもなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

京浜職務質問事件⁽³⁵⁾」決定も、基本的には、当該枠組みを踏襲し、判断を示していると解するのが妥当であろう。⁽³⁶⁾

その後、最高裁判所が初めて違法収集証拠の排除法則を適用して証拠を排除したいわゆる「大津違法逮捕事件」判決⁽³⁷⁾は、「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⁽³⁸⁾」としている。

なお、学説においては、川出教授により、「手続の適法性それ自体ではなく、最終的に獲得された証拠の証拠能力の有無を判断するためには、直接の証拠獲得手続が先行手続の違法性を承継するか否かを論じる必要はない。端的に、当該違法行為と因果関係を有する証拠が、どのような場合に、その証拠能力を否定されるかを検討すればよいのである」とし、「毒樹の果実論 (the fruit of the poisonous tree doctrine)」の枠組みで統一的に検討すべきであるとの見解が示されているが、⁽³⁹⁾以上のように最高裁判所による判例を解釈するのであれば、事実上、当該見解の差異は然程大きいものではないように思われる。⁽⁴⁰⁾

本決定では、違法なエックス線検査と派生証拠である覚せい剤等の関連性について端的に述べるのみで、(a) エックス線検査当時、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いたこと、(b) 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、(c) 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たこと、(d) 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、(e) 本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各捜索差押許可状に基づく捜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理由を挙げたうえで、重大な違法があるとはいえないとし、証拠能力を肯定している。なお、本決定が、いわゆる「大津違法逮捕事件」判決を引用していないのは、関連性の判断をなすにつき、一次証拠であるエックス線撮影における射影の写真等ではなく、違法行為そのものであるエックス線検査行為とされているのは、本決定が、そもそもエックス線撮影における射影の写真等を問題としていないためであると考えられる。⁽⁴¹⁾

3 ところで、上述のように、本決定は、本来であれば検証許可状の発付を得て実施すべきエックス線検査を、これを得ずに実施したことについての違法が重大であったか否かについては、特に明言していない。⁽⁴²⁾

証拠能力の判断において、本決定は、(a)(b)(d)といったエックス線検査の違法性そのものを減少させる要素に加え、(c)営業所長の承諾を挙げている。(c)の要素につき、緑准教授は、「捜査官の主観的な意図を重視している点で排除の範囲を狭める可能性もあり、問題も残る」と指摘される。⁽⁴³⁾確かに、一般的に主観的な意図が排除の範囲を狭める可能性も否定できないが、営業所長の承諾が大きく影響するのは、あくまでもエックス線検査が任意処分であることを前提とするものであって、少なくとも本件事案における営業所長の承諾は、必ずしも違法性を減少させるために積極的に重視している要素とは捉えられないであろう。

注目すべきは、いわゆる「大津違法逮捕事件」判決同様、覚せい剤等の収集手続が、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るとする(e)を挙げていることである。

派生証拠の収集が、司法審査を経て発付された許可状に基づく場合には、学説上、(イ)許可状の発付がなされたからといって、派生証拠の収集手続の違法性は影響を受けず、第1次証拠の違法性が承継されるとする見解、(ロ)許可状が発付されることにより、派生証拠における収

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

集手続の違法性は遮断されるとする見解、(ハ) 許可状の発付によって、第1次証拠の違法性が希釈されるため、関連性は弱められるとする見解⁽⁴⁴⁾に大別できる。

まず、(イ)の見解は、適正手続を担保するという違法収集証拠の排除法則を捜査段階においても徹底する見解であるが、迅速な判断が要求される司法審査の段階において、これを厳格に要求することは困難であり、現実的ではない。

次に、(ロ)の見解と(ハ)の見解の差異であるが、両者は、派生証拠の証拠能力を判断する際に、許可状発付の事実をどの程度、考慮するかの違いということになろう。但し、司法審査が介在したことを理由に、当然に遮断することを意味するものではないため、実質上、両者の差異は、それほど大きなものではないかもしれない。

そのうえで、(ロ)の見解であるが、司法審査においては迅速な判断が要求されるため、疎明資料中、将来、証拠能力が否定されるべきものが含まれていたとしても、許可状発付に違法性が帯びることはないとするものである。しかし、司法審査の介在のみを理由に、常に証拠排除が否定されるとすれば、証拠排除されるケースは基本的に想定されないことに繋がりがかねないとの批判があり得よう。⁽⁴⁵⁾(ハ)の見解は、司法審査の性質上、原則として許可状の発付は違法ではないが、この点と派生証拠の証拠能力とは別個の問題として考える、つまり、許可状が発付された事実により、「希釈化の法理」を適用し、「毒樹の果実論」の適用を制限する見解である。⁽⁴⁷⁾本件事案においては、エックス検査における射影の写真を含め、疎明資料が総合的に判断されていることから、(ハ)の見解に近いものと思われる。但し、本決定において、最高裁判所が、エックス検査における射影の写真以外に、如何なる疎明資料を用い、またそれがどの程度の価値を有していたか明らかでないため、その是非に関し、まったく問題がないかは判断不能である。⁽⁴⁸⁾

4 以上を踏まえ、最後に「排除の相当性」について検討する。本決定においても、いわゆる「大津違法逮捕事件」判決同様、「証拠の重要性等諸般の事情」も総合的に判断している。「排除の相当性」は利益衡量に基づくものである以上、事件の重大性や証拠の重要性も考慮要素として含めることに問題はなかろう。但し、当該判断をなす場合には、令状主義の精神を没却するような重大な違法行為の存在が前提となるため、「事件の重大性や証拠の重要性を考慮することが認められるといっても、実際には、その役割は限られたものとなる⁽⁵¹⁾」。

結論として、本決定は、エックス線検査の違法を宣言したのみで、派生証拠である覚せい剤等を証拠排除しなかったのであるが、当該判断結果は決して司法の廉潔性を害するものではなく、また今後、エックス線検査をなすに際し、検証許可状が必要である旨を示すことによって、将来の違法捜査の抑制は適うと考えられることからすれば、妥当であった⁽⁵²⁾と思われる。

- (1) 本判決の解説・評釈として、豊崎七絵「捜査としてのエックス線検査」法セミ 637 号（2008 年）118 頁、上田信太郎「宅配便荷物に対するエックス線検査と任意捜査」受験新報 684 号（2008 年）30 頁・31 頁、辻本典央「刑事弁護判例アップ・トゥ・デイト」季刊刑事弁護 57 号（2009 年）177 頁等参照のこと。
- (2) 大野正博「プライバシーの合理的期待—近時の科学的捜査に関する判例を題材として—」朝日法学論集 36 号（2009 年）116 頁以下。その際、Kyllo 判決と Caballes 判決との差異のように、開示情報の限定性に着目し、エックス線検査が「合法的な活動」を一切探知するものでなければ、任意処分として許容され得るという考え方と、荷物を開披した上で内容物を見分した場合の荷送人・荷受人に対するプライバシー等に比べれば、エックス線検査によるプライバシーの侵害は、極めて軽微なものであり、いわゆる「米子銀行強盗事件」判決と比較して、許容され得るであろうとする 2 つの筋道を提示した。
- (3) 本決定の解説・評釈として、正木祐史「配達途中の荷物のエックス線検

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

- 査」法セミ 660 号（2009 年）128 頁、前田雅英「強制捜査と違法収集証拠排除」警論 62 巻 12 号（2009 年）171 頁以下、野呂裕子「捜査機関が捜査目的で宅配便荷物に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、検証許可状によることなく行ったエックス線検査は違法であるとされた事例」研修 739 号（2010 年）427 頁以下、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 2009 [Ⅱ] [法学教室 354 号別冊付録]（2010 年）39 頁、緑大輔「宅配業者が運送中の荷物に対し、捜査機関が荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状によらずにエックス線を射影して内容物の射影を観察した行為を違法とした事例」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 Vol. 6』（日本評論社・2010 年）209 頁以下、笹倉宏紀「宅配便のエックス線検査と検証許可状の要否」平成 21 年度重判解（2010 年）208 頁以下、警察実務研究会『警察実務重要裁判例 [平成 22 年版]』（立花書房・2010 年）153 頁以下等参照のこと。なお、渡辺咲子「演習刑事訴訟法」法教 356 号（2010 年）164 頁・165 頁、緑大輔「任意と強制—強制処分法定主義をめぐって」法セミ 666 号（2010 年）12 頁以下、同「令状による規律—「搜索及び押収」と令状主義」法セミ 668 号（2010 年）121 頁以下、中島宏「Advance コース刑事訴訟法」受験新報 712 号（2010 年）115 頁以下も、併せて参照のこと。
- (4) 團藤重光『條解刑事訴訟法 [上]』（弘文堂・1950 年）361 頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣・1958 年）82 頁等。
- (5) 最（3 小）決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁。
- (6) 田宮裕編著『刑事訴訟法 I—捜査・公判の現代的課題』（有斐閣・1975 年）129 頁・130 頁 [田宮裕]、田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』（有斐閣・1996 年）71 頁等。
- (7) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（2）」法教 284 号（2004 年）67 頁、井上正仁「強制捜査と任意捜査」（有斐閣・2007 年）7 頁以下、田口守一『刑事訴訟法 [第 5 版]』（弘文堂・2009 年）42 頁等。近時、これを批判的に検討する見解として、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂・2010 年）227 頁以下。
- (8) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法 [第 2 版]』（有斐閣・2009 年）23 頁以下等。
- (9) 三井誠『刑事手続法（1）[増補版]』（有斐閣・1995 年）81 頁。
- (10) この点に関する包括的研究として、井上・前掲注（7）2 頁以下、椎橋隆幸「任意捜査と強制捜査の区別の基準」渥美東洋＝椎橋隆幸＝日高義博＝

山中敬一＝船山泰範編『刑事法学の現実と展開—齋藤誠二先生古稀記念—』（信山社・2003年）529頁以下等参照のこと。なお、大野正博『現代型捜査とその規制』（成文堂・2001年）31頁以下も、併せて参照のこと。

- (11) 大野・前掲注（10）38頁。
- (12) 最（3小）決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁。
- (13) 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刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集〔下巻〕』（判例タイムズ社・2006年）26頁以下、笹倉・前掲注（3）208頁等。なお、大野正博「携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー」朝日法学論集39号（2010年）111頁以下も、併せて参照のこと。
- (14) 大野・前掲注（10）38頁以下、川出・前掲注（13）29頁。なお、緑准教授は、「本決定および平成11年決定は、端的に権利制約の内容（そして制約の大きさ）のみを問題としているように読めるが、（1）被制約利益の大きさを明示的に確認した上で、（2）被処分者との関係では秘密裡に執行された処分である以上、被処分者の意思を「制圧」したか否かは判断できない類型であるので触れられていないにすぎず、『個人の意思』に黙示的に反していると推定しているのであろう」と解する（緑・前掲注（3）21頁）。
- (15) 笹倉・前掲注（3）209頁。
- (16) 後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法教245号（2001年）12頁。同旨として、豊崎・前掲注（1）118頁、正木・前掲注（3）128頁、緑・前掲注（3）211頁。
- (17) 酒巻匡「捜査手続（1）総説」法教356号（2010年）70頁。
- (18) 合衆国連邦最高裁判所も、Caballes判決において、「合法的な車両停車措置の最中における十分に訓練された薬物探知犬を使用すること—公衆の目から隠されている禁制品以外の物件を人の目に晒さない犬の使用—は、一般に正当なプライバシーの利益を侵害しない」と判示している（Illinois v. Caballes, 543 U. S. 405 (2005)）。本判決の解説・評釈として、洲見光男「Illinois v. Caballes, 543 U. S. 405 (2005) —交通違反による自動車停止中における薬物探索犬の合憲性—」アメリカ法〔2006—1〕113頁以下、二本柳誠「薬物探知犬の使用と合衆国憲法修正4条 Illinois v. Caballes, 543 U. S. 405 (2005)」比較法学41巻1号（2007年）252頁以下、大野・前掲注（2）55頁以下等参照。
- (19) 正木・前掲注（3）128頁、緑・前掲注（3）211頁。

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

- (20) 同旨の見解として、井田良＝田口守一＝植村立郎＝河村博編著『事例刑事法Ⅱ 刑事訴訟法』（日本評論社・2010年）399頁注（12）〔眞田寿彦〕。
- (21) 渡辺・前掲注（3）164頁・165頁。同様に、笹倉准教授も、「捜査に関する法的規律は、裁判所による事後評価の基準であると同時に、捜査官が捜査行為に出ようとする際の行為規範でもある。処分の実行に先立ち、いかなる権利利益にいかなる侵害が生じるかを、具体的に、しかも正確に特定することは、予測判断の性質上、困難である。……そうすると、個々の事案を離れて『内容物によっては』品目等の相当程度具体的な特定が可能であることが考慮されても何ら不自然ではなく、宅配便荷物のX線検査によるプライバシー侵害が強制処分の域に達するほどに大きいとする本決定の結論も背首しうる」とされる（笹倉・前掲注（3）209頁）。
- (22) 最（3小）判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁。なお、最（1小）決平成15年5月26日刑集57巻5号620頁。
- (23) 最（1小）判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。なお、最（2小）判昭和63年9月16日刑集42巻7号1051頁、最（3小）決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁。
- (24) 田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂・2009年）90頁。
- (25) 井田ほか・前掲注（20）399頁〔眞田寿彦〕も、「空港に行けば、犯罪行為とは無縁の人々が何一つ抵抗なくレントゲン照射による手荷物検査を受けて飛行機に搭乗している。また、遠隔地に宅配便荷物を発送する場合には航空便が使用されることも多く、その際運送業者においてレントゲン照射等の航空保安検査が実施されるが、このことについて意識している人もそれほど多くはなかろう。このような現状に照らすと、荷物の現実の占有者の承諾の下、レントゲン検査によって荷物の内容物の形状や材質、それもエックス線を透過させない物体という程度しかわからないものを確認することすら、憲章としての性質をもつ強制処分と解し、裁判官が発する令状がない限り一切許さない、とする判断に若干の抵抗感をおぼえることは否定できない」とする。
- (26) こうした見方とは、「エックス線検査は検証の性質を有するとされている。これは、内容物の詰め方等、譲受けの手段・方法の具体的な態様を記録すること自体に意味を認めたものと考えられる」を意味するものである（池田・前掲注（3）39頁）。
- (27) 池田・前掲注（3）39頁。

- (28) 緑・前掲注(3) 212 頁注(15)、同・前掲注(3) 124 頁・125 頁。
- (29) 最(3小) 決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁。但し、酒巻教授が述べられるように、「搜索差押に条件を付した強制採尿令状じたいが、事実上判例により創出された強制処分であるが」、本決定は、「さらに歩を進め、被疑者の連行処分をも合わせて許可する令状を創り出したものというほかはない」(酒巻匡「強制採尿令状による採尿場所への連行の適否／職務質問現場での違法なとどめ置きに引き続き、強制採尿により得られた尿の鑑定書の証拠能力」平成6年度重判解(1995年)167頁)と思われるため、判例による法創造は認めるべきではなからう(大野・前掲注(10) 312 頁以下、同「強制採尿」田口守一＝寺崎嘉博編「判例演習刑事訴訟法」(成文堂・2004年)97頁・98頁、同「搜索・押収に伴う『必要な処分』の意義―来訪来意告知を欠く搜索対象場所への立入りの有無を素材として―」朝日法学論集33号(2006年)23頁・24頁)。
- (30) 渡辺教授は、「借り出す目的、借り出して行った処分」が問題であり、「荷物の配達に遅延を生じさせない程度の短時間であって、営業所の同意もしくは協力があれば借出しそのものには問題はなからう」(渡辺・前掲注(3) 164頁)とするが、宅配便荷物を借り出す行為自体にも、まったく問題がないわけではなからう(大野・前掲注(2) 124頁)。
- (31) なお、通信傍受における令状呈示の意義に関し、井上正仁「捜査手段としての通信・会話の傍受」(有斐閣・1997年)73頁以下参照のこと。
- (32) 最(2小) 決昭和61年4月25日刑集40巻3号215頁。
- (33) 松浦繁「尿の提出及び押収手続は違法性を帯びるが尿についての鑑定書の証拠能力は否定されないとされた事例」[最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和61年度〕](法曹会・1989年)73頁・74頁も、「先行手続が違法であるからといって、常にそれを利用して行われた証拠収集手続が違法性を帯びるというものではなく、その先行手続の違法の内容及び程度によっては、引き続いて行われた証拠収集手続の適法性に何ら影響を及ぼさないということもあり得るということである。……最も重要なことは、先行手続におけるいかなる又どの程度の違法が、それを利用した証拠収集手続を違法たらしめ、且つどの程度の違法性を帯びさせるかであるが、それは、結局、先行手続における違法の内容及び程度、更にはその違法な点が証拠収集の手続とどの程度の密接度を有するか、いわば因果性の濃淡などがポイントとなるものといえる」としている。

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることもなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

(34) 最（2小）決昭和63年9月16日刑集42巻7号1051頁。

(35) 最（3小）決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁。

(36) なお、いわゆる「会津若松採尿事件」（最（3小）決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁）については、「違法性の承継論」とは異なったアプローチであるとの捉え方も存在するが（指宿信「長時間にわたる職務質問により所持品検査を求めた後に発生した公務執行妨害罪に関してなされた車両捜索によって発見された大麻につき、違法収集証拠として排除した例」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 vol. 3』（日本評論社・2008年）243頁・244頁）、当該決定についても、いわゆる「奈良生駒覚せい剤使用事件」決定を引用しており、その後のいわゆる「第一京浜職務質問事件」決定が、「違法性の承継論」を堅持していることに照らすならば、やはり同一のアプローチによるものと解するのが妥当であろう（大野正博「長時間にわたる職務質問により所持品検査を求めた後、被告人を公務執行妨害罪で逮捕し、それに伴う車両捜索によって発見された大麻につき、違法収集証拠として排除した事例」刑事法ジャーナル16号（2009年）104頁）。

(37) 最（2小）判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁。

(38) なお、本判決についても、従来とは異なった枠組みで判断がなされたとの見解も存在するが（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（2003年）33頁）、「直接利用」が認められることを前提として、先行の逮捕手続の違法の程度が重大である場合には、後行の採尿手続が先行の逮捕手続の影響を受けて違法となることを明らかにした趣旨であるとみるのが可能」（朝山芳史「1. 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 2. 捜索差押許可状の発付に当たり疎明資料とされた被疑者の尿に関する鑑定書が違法収集証拠として証拠能力を否定される場合において同許可状に基づく捜索により発見押収された覚せい剤等の証拠能力が肯定された事例」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成15年度〕』（法曹会・2006年）41頁）であるため、やはり「違法性の承継論」に基づくものであると解するのが妥当であって、当該事案においては、その性質上、違法の承継の要件として、「密接関連性」という用語を用いたとみるべきが適切な解釈であろう（大澤裕「違法収集証拠の証拠能力（3）」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（有斐閣・2005年）141頁、池田公博「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1338号（2007年）215頁、石井一正「違

- 法の承継について」三井誠＝中森喜彦＝吉岡一男＝井上正仁＝堀江慎司編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂・2007年）137頁、大野・前掲注（36）104頁・105頁等）。
- (39) 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＝西田典之＝井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・下巻』（有斐閣・1998年）517頁以下。なお、光藤影皎「口述 刑事訴訟法（中）〔増補版〕」（成文堂・2005年）163頁。
- (40) 大野・前掲注（36）105頁。
- (41) この点を指摘するものとして、緑・前掲注（3）212頁、笹倉・前掲注（3）210頁等。
- (42) 池田・前掲注（3）39頁。なお、検証許可状の発付を受けていないことは、手続上の瑕疵にとどまるものであり、その違法は重大ではないとの評価もあり得るが（笹倉・前掲注（3）210頁。但し、笹倉准教授は、本決定の判断は定かではないとしている）、正木准教授・緑准教授は、これを重大な違法と捉える（正木・前掲注（3）128頁、緑・前掲注（3）212頁）。
- (43) 緑・前掲注（3）212頁注（13）。
- (44) この点に関する学説の詳細な検討につき、朝山・前掲注（38）48頁以下参照。
- (45) たとえば、司法審査の段階において、疎明資料が拷問等によって得られた被疑者の自白等である場合には、排除される可能性もあろう。
- (46) 中島・前掲注（3）120頁。
- (47) 大阪高判平成4年1月30日高刑集45巻1号1頁。
- (48) 疎明資料のすべてが違法収集証拠である場合には、およそ希釈されないことを指摘するものとして、川出・前掲注（39）537頁。なお、池田・前掲注（3）39頁。
- (49) なお、本決定において「証拠の重要性」意外に、「諸般の事情」として如何なるものが考慮されたかは定かではない。
- (50) 川出・前掲注（39）532頁。
- (51) 同。
- (52) 同旨として、笹倉・前掲注（3）210頁。なお、正木准教授は、「これは端的に令状に基づかない強制処分を行った違法がると言わざるを得ない事案で関連証拠を排除しない相対的排除論自体への疑問につながるものであろう」（正木・前掲注（3）128頁とし、同様に緑准教授も、「本件に違法の重大

宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例

性に照らせば、排除する余地もあったのではないか」(緑・前掲注(3) 212 頁)とする。