

偽計による証拠収集

——アメリカ法の観点から——

2019年4月入学

吉原 潤

I. はじめに——本稿の問題意識と概略

- 1 問題の所在
- 2 本稿のアプローチ——アメリカでの同意搜索の議論

II. 偽計による証拠収集の適法性が問題となった裁判例

- 1 足跡痕の採取——佐賀地決平成28年6月8日公刊物未登載
- 2 唾液の採取——東京高判平成28年8月23日高刑集69巻1号16頁
- 3 尿の採取
- 4 日本法のもとでの議論——同意の有効性を中心に
- 5 アメリカ法に向けて——同意搜索の概要等

III. アメリカ法——同意搜索における偽計の評価

- 1 概略
- 2 連邦最高裁の判例
- 3 下級審判例の展開——目的欺罔型
- 4 判例の考察——身分欺罔型・目的欺罔型における同意の扱い方

IV. アメリカ法の観点からみる日本の裁判例

- 1 足跡痕の採取——平28佐賀地決
- 2 唾液の採取——平28東京高判
- 3 尿の採取

V. 基準の精緻化に向けて——残された課題

- 1 同意の範囲を超えた場合の帰結
- 2 信義則を介した証拠の利用制限

VI. おわりに

I. はじめに——本稿の問題意識と概略

1 問題の所在

捜査機関は様々な手段を尽くして証拠や情報を集め犯人の検挙に向け奮闘するが、その過程で少しでも効果的・効率的に証拠や情報を集めるために、捜査対象者に対し偽計を働くこともある。例えば、唾液や指紋を採取する意図を秘して紙コップでお茶を提供し、相手方からコップを回収してコップに付着した唾液や指紋を採取するような場合がある。この時「廃棄するから」と明示的に偽計を働く場合もあれば、(紙コップは当然捨てるであろうという)相手方の誤解に乗じてコップを回収するという(廃棄の意図を相手に伝えないという意味での)黙示的な偽計もあり得る。

このように偽計手段を用いて相手方に錯誤を生じさせこれに乗じて証拠・情報を収集する捜査手法を、偽計による証拠収集と呼ぶ。このような捜査手法は以前から問題とはなっていた¹⁾が、裁判例も少なく、議論も他の

刑訴法の分野に比較して下火であった感は否めない。しかし、近時、このような偽計を用いた証拠収集につき正面から判断を行なった裁判例が現れ、偽計による証拠収集の適法性につき議論が再燃している。

本稿は、このような偽計による証拠収集の適法性につき、従来の議論も踏まえながら検討するものである。

2 本稿のアプローチ——アメリカでの同意捜索の議論

まず、偽計手段を用いた捜査が常に禁止されているわけではないことは確認しておきたい。判例²⁾によれば、捜査員であることを秘して違法薬物の販売を申し込む場合のような、いわゆるおとり捜査が任意捜査として一定の場合には許容される。

日本の裁判例・学説においては、偽計による証拠収集もおとり捜査と同様に強制処分性ないし（強制処分に該当しないとして）任意捜査としての適法性の枠組みで議論されている³⁾。

強制処分性の判断に際しては、強制処分とは、①相手方の意思に反して②その重要な権利・利益を実質的に制約する処分であると示す有力説^{4) 5)}に則り検討されることが多く、偽計による証拠収集の適法性判断もその検討対象も主としてその2つ、すなわち、①偽計による証拠の提供にかかる相手方の提供意思の瑕疵に着目するものと、②偽計により侵害される被侵害利益に着目するものとに分かれる。

本稿は、このうちの前者、すなわち、偽計による証拠収集における相手方の提供意思の瑕疵の存否（及び瑕疵が存在するとしてその効果）につき検討するものである⁶⁾。そして、提供意思の瑕疵につき、アメリカでの同意捜索の議論を参照しながら、日本法のもとでの偽計による証拠収集の適法性判断につき示唆を得ることを目的とする。

以下では、まず、Ⅱにおいて、日本で偽計による証拠収集の適法性が問題となった裁判例を紹介し、日本での議論状況をまとめる。

1) 偽計による証拠収集の問題を取り扱うものとして、白取・後掲注3)。また、荒川洋二「判批」捜査研究272号46頁、46頁以下（1974）や鶴田六郎「判批」警察学論集41巻5号152頁、157頁以下（1988）も参照。

2) 最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁。

3) 裁判例については後述の通り、基本は強制処分性の問題と把握している。

偽計による証拠収集を扱う近時の代表的な論文等として、大久保隆志「偽計手段による証拠収集」法教446号17頁、17頁以下（2017）、川出敏裕「刑事手続法の論点」38頁以下（立花書房、2019）。

おとり捜査を許容する最高裁判例・前掲注2)が登場する以前に偽計による証拠収集を含めた捜査機関による欺罔行為を取り扱った論文として、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』493頁、493頁以下（青林書院、2002）。また、偽計による証拠収集を一部取り扱うものとして、池田公博「捜査対象者の同意と捜査手法の適否」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』233頁、246頁以下（有斐閣、2019）。

後述の平28東京高判に関する判例評釈等も、同判決の強制処分性という判断枠組み自体には賛同し、その当てはめにつき議論するものがほとんどである。

4) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』ジュリ増刊54頁、54頁以下（2013）〔同『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014）所収〕。

5) 強制処分等の定義と判例の基準の解釈については学説でも議論が絶えない。しかし、本稿においては、強制処分等の定義等がメインの論点ではないので、この部分は割愛する。強制処分の定義や判例解釈については、さしあたり、井上・前掲注4)や大澤裕「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』4-5頁（2017）を参照。

6) 本稿では、とりわけ捜査機関側から捜査対象者への働きかけが観念できるものを扱う。偽計的な手段ではあるが捜査対象者への働きかけが観念できないような事案（なりすまし捜査と呼ばれることがある、例えば靴底に特徴的な傷をつけそれを対象者に購入させ足跡痕を採取する場合（東京高判昭和58年10月20日高刑集36巻3号285頁）や連続車上荒らし事件検挙のために車中に飲食物や酒を置き無施錠で放置し犯人が車上荒らしに出たところを現行犯逮捕する場合（鹿児島地判加治木支部平成29年3月24日判時2343号107頁））は本稿では検討対象外である。本文で詳しく検討しているが、本稿は偽計で得られた対象者の同意・承諾の有効性を検討するものであり、上記のようななりすまし捜査については対象者への働きかけが観念できない以上、捜査対象者の（捜査機関に対する）同意もまた観念できないからである。なりすまし捜査については、鈴木一義「判批」法学新報124巻5＝6号255頁、255頁以下（2017）が過去の判例を多数紹介しながら詳細に検討しているので、そちらをさしあたり参照されたい。

そして、アメリカ法の同意捜索の議論がなぜ日本法の再検討にとって有用なのかを確認した上で、その概略につき紹介する。次に、Ⅲとして、アメリカ法の判例紹介や基準の分析を行う。そして、Ⅳとして、アメリカ法から得られた基準を参考にしながら、日本の裁判例の再検討を行う。

Ⅱ. 偽計による証拠収集の適法性が問題となった裁判例

まず、偽計による証拠収集の適法性が問題となった裁判例を類型ごとに1から3で取り上げて、4で日本での議論をまとめる。その後、5でアメリカの同意捜索の議論を参照することの有用性及び同意捜索の概略を示し、次章に移る。

足跡痕の採取——佐賀地決平成

1 28年6月8日公刊物未登載⁷⁾ (以下「平28佐賀地決」という)

ある住宅街で6件の連続空き巣被害があり、そのうちの1件の犯行現場で犯人の足跡痕が採取された。その後、当該住宅街を警ら中の警察官らは本件被告人と遭遇したが、当該被告人の挙動が不審であったこと及び空き巣の前科も多数あったことから、上記連続空き巣事件の犯人でないかと疑い、被告人に対し職務質問をした。その職務質問の際に被告人が数秒間片足のかかとを浮かせたことがあったが、警察官の一人がその靴底の模様と上記犯行現場で採取された足跡痕とがよく似ていたことを確認したので、靴底の模様を見せるよう求め、あるいは足跡痕の採取を依頼したものの、これに対し被告人は、令状があれば応じる、待っても構わない旨を述べて、これをかたくなに拒否し続けた。

令状取得まで時間がかかること、このまま被告人を返せば靴を処分される可能性が高いこと⁸⁾から、警察官らは被告人を警察署に任意同行し、警察署のエレベーターや廊下に

足跡痕採取用の帯電シートを敷くなどの準備を整え、被告人にその上を歩かせて密かに他人の足跡痕を採取するという計画を立てた。被告人は、警察署への任意同行に対しても拒否をしていたが、身元確認だけはさせてほしい旨の説得を受けて、運転免許証等を確認する程度ならば任意同行に応じる旨を述べ、警察署への任意同行に応じた。被告人は、警察署内の帯電シートに気付くことなく、警察官の誘導に従いエレベーターなどを利用し、そこで被告人の足跡痕が採取された。なお、被告人は、その後運転免許証の提示等をしたが、警察官らが被告人に、所持品検査に応じ足跡痕を見せるよう求め始めたので、「話が違う」として帰宅した。

以上の事案において、佐賀地裁は、まず強制処分性につき最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁(以下「昭和51年決定」という)の基準と同様の基準、すなわち、「刑事訴訟法197条1項ただし書にいう強制処分とは、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と解される」とした上で、「足跡痕は、足や靴の大きさ、形状、模様等から構成される単純な情報ではあるものの、これらの情報によって特定の個人を識別することができる個人情報に当たり、周知されているものでもなく、通常はみだりにこれを採取されたくないものであり、その期待は保護されるべきものであるから、プライバシーにかかる情報として法的保護の対象になる」と述べた。その上で、本件のような採取行為は、刑法218条3項にいう足型の採取に当たり、身体拘束を受けている場合以外は令状によらない限り禁止されており、実質的にも、足跡痕の内容によっては被告人が赴いた場所を特定することが可能であって、被告人のプライバシー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とした。またこれに加えて、被告人が一貫して靴底の模様

7) 詳しい事案等については、宮田誠司「研修の現場から」研修821号85頁、85頁以下(2016)参照。

8) 本件被告人は過去の事案で実際に靴を処分していた。

を見せることを拒んでいた事実から、上記プライバシーの放棄も認められなかったとも述べ、結局、検証許可状によることなく足跡痕を採取した本件行為は違法であるとした⁹⁾。

2 唾液の採取——東京高判平成 28 年 8 月 23 日高刑集 69 巻 1 号 16 頁（以下「平 28 東京高判」という）

窃盗事件の犯行現場に残っていた割り箸から犯人のものと思われる DNA が採取された。当該 DNA につきデータベースでの一致はなかったものの、犯行手口の類似性や地域性から、荒川河川敷沿いにテントを張って生活していた本件被告人が犯人であるとの疑いが高いと思われた。

そこで、警察官らは、DNA 採取の目的で被告人のもとへ赴き、目的や警察の身分も明示しないまま¹⁰⁾、荒川河川事務所から入手した資料を見せるなどしながら周辺のホームレスについての話を聞き、その際に、被告人に持参した紙コップで温かいお茶を飲ませた。被告人がお茶を飲んだあと、DNA 採取目的を告げず、その紙コップを廃棄する旨述べて回収した。この紙コップについては同日領置の手續が取られ、その後、紙コップに付着した唾液から被告人の DNA が採取された（以上の一連の DNA 採取手續を以下では「本件 DNA 採取手續」という）。この採取された DNA 型が窃盗事件の犯行現場に残されていた DNA と一致したとする鑑定書を疎明資料として逮捕状が発付され、被告人はそれに基づき逮捕された。その後、被告人から改め

て唾液の任意提出がなされ、その唾液から得られた DNA と窃盗事件の犯行現場に残されていた DNA とが一致したとして本件被告人は起訴された（紙コップから採取された DNA をもとにした鑑定書は証拠として提出されず、被告人が任意提出した唾液をもとにした鑑定書のみが証拠請求された）。弁護人は、本件 DNA 採取手續には令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、本件の（証拠請求された）鑑定書は、そうした捜査を利用して得られた証拠であるから証拠能力が否定されるとして争った。

以上の事案において、東京高裁は、昭和 51 年決定の基準を採用しつつ、同基準にいう「個人の意思の制圧」につき、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も含まれる¹¹⁾として、本件 DNA 採取手續は被告人の意思を制圧して行われたものと評価した。また、被侵害利益について「DNA を含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益である」とし、以上から本件 DNA 採取手續は違法とした¹²⁾。

3 尿の採取

尿についても、捜査機関が尿中のアルコール濃度や覚せい剤成分を検査するために、対象者に排尿させてその任意提出を受けることが行われていた。上記の 2 裁判例と比較してかなり昔の裁判例とはなるが、偽計により同意を得て尿を獲得した事案に関する裁判例が

9) なお、本決定は最終的に、警察官らには「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとする意図もうかがわれる」として、被告人の足跡痕と被害現場に残された足跡痕との同一性にかかる鑑定書の証拠能力を否定した。

10) この点は事実認定において争いがあり、警察官側は警察手帳を見せながら説明したと証言したが、本判決及び原審は警察官と名乗っていなかったと認定した。また本判決は（原審とは異なり）被告人が警察官を国交省の人間と思いついていたことも認定している。原審については、後掲注 12) 参照。

11) 理由付けとしては、当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然に拒否すると考えられる場合に、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・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して行うのと、価値的に何ら変わらないというべきである、とした。

12) なお、本判決の原審（さいたま地判平成 27 年 9 月 17 日 LLI/DB L07051228）は本件 DNA 採取手續につき、「何ら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたわけではない」から「高度の必要性と緊急性、相当性が認められる限りは、令状によらなくても違法であるとはいえない」とし適法な任意捜査とした。なお、判示の上では、本文で述べたような強制処分性判断（意思に反しているか、重要な権利利益に該当するかの判断）は特に行っていない。

いくつか存在するので、これらについても紹介する。

強制採尿令状を有している旨欺罔した

(1) 場合——東京地判昭和 62 年 11 月 25 日判時 1261 号 138 頁

警察官 P は、本件被告人に対し、覚せい剤取締法違反の嫌疑を抱いていた。被告人は、別件の自動車の窃盗容疑で逮捕されていたが、P は、当該窃盗事件担当の刑事から被告人が尿意を催していることを聞いた。その当時、(覚せい剤取締法違反事件にかかる)被告人宅に対する捜索差押許可状が発付されており、P はこれを利用して同許可状を強制採尿令状かのように装い、これに観念した被告人がやむなく尿の任意提出に応じた。

以上の事案において、裁判所は、上記のような採尿手続には令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、採尿された尿の鑑定書を証拠として許容することが、将来の違法捜査抑制の見地から相当でないと認められるとして尿の鑑定書の証拠能力を否定した。

被疑者が尿の排尿・提出する際に、そ

(2) の尿が鑑定資料に供されることを認識していない場合

上述の強制採尿令状の発付を受けたかのように装った場合と異なり、後の鑑定利用の意図を告げず何かしらの欺罔を行なって排尿を促しその尿の提出を受けた場合に、当該提出は任意であったのが問題となった裁判例がいくつかある。

例えば、東京高判昭和 49 年 11 月 26 日高刑集 27 卷 7 号 653 頁は、酒酔い運転の現行犯として逮捕された被告人は、酒酔い的事实を否認し呼吸検査も拒否していたが、夜間、その留置先で用を足したくなった。警察署の内規で夜間の宿直体制時には宿直幹部の立会

いのもとで留置者は用便を済ますことになっていたもので、警察官は、宿直幹部と連絡が取れないという口実を用いて、おまる様の便器を房内に差し入れその中に排尿させた。被告人は、便器を返却したが、受け取った警察官は当該便器内の尿が鑑定に付されるであろうことを知りながらそれにつき一切触れなかった。以上の事案において、当該尿の鑑定書の証拠能力が問題となった。

原審¹³⁾は、便器に排尿させた真意は尿の採取・保存にあり、被告人が酒酔い的事实を否認し呼吸検査を拒否していたことに鑑みれば、尿が鑑定に付されるという警察の意図を知っていれば尿を引き渡さなかったと推認できる、とした上で、本件尿採取手続は、被告人を錯誤に陥れ採取したという点で個人の尊厳を基調とする被告人の基本的人権を侵害し刑事訴訟手続における公正と正義の観念に反し、また、真意を告知しないことで令状なく被告人の体内またはその占有に属するものを意思に反して取得した点に令状主義の潜脱があるとして証拠能力を否定した。

これに対し、東京高裁は、黙秘権が保障されている被疑者本人の供述を求める場合と異なり、尿が鑑定に付されることを告知する義務はないとして、その不告知で採取手続が違法となることはなく、また日常排泄する尿等は特段の意思表示のない限り、排泄の瞬間にこれに対する権利を放棄する意思をもって排泄されるものと解釈されるべきであり、本件被告人もその例外ではないとして、被告人の占有に属するものを意思に反して取得し鑑定に付したとはいえず令状主義にも反しない、とし、鑑定書の証拠能力を認めた^{14) 15)}。

また、天津地判昭和 52 年 11 月 14 日判時 884 号 128 頁は、覚せい剤の使用の疑いのあ

13) 東京地判昭和 49 年 1 月 17 日判時 727 号 29 頁。

14) なお、本判決の上告審(最終昭和 50 年 12 月 4 日裁判集刑 198 号 723 頁)は、「本件における被告人の尿の採取が違法であったとは認められない」として、特に理由は述べずに上告を棄却している。

15) 上記とは若干事案が異なる過去の裁判例として、東京高判昭和 48 年 12 月 10 日高刑集 26 卷 5 号 586 頁がある。被告人が酒酔い運転で現行犯逮捕されたが呼吸検査等は拒否しているという事案で、被告人が留置先で用を足したい旨を述べたので、房内にバケツを差し入れその中に放尿させ回収した。この際に警察官は尿が鑑定に付されることを告げなかった。なお、警察官は被告人から尿意を訴えられたのにこれを抑圧制限するということがなかった。以上の事案において、本判決は、酒酔い運転の罪を現に行なっていると認められるものは呼吸検査に応じる義務があり正当な理由なく拒否すれば処罰されること、刑法 218 条 2 項(現在では同 3 項)により捜査官が犯罪捜査の必要により身体拘束を受けている被疑者の指紋、足型を採取するには令状を要しないことを理

る被告人が免許書き換えのために警察署に出頭していたので、警察官が防犯係に被告人を呼び出し尿の提出を求めたが、被告人は、すぐには排尿できなかったため、飲み物等を提供してもらいながら4時間後に排尿し提出した。以上の事案で、大津地裁は、任意捜査による採尿は被疑者の真意に基づく明示的同意があり、かつ、その方法・程度が社会的に相当と認められるものである場合に許されるとした上で、被疑者の真意に基づくと評価できるための前提として被疑者自身が採尿の目的を知っている必要があり、また採尿の方法・程度の社会的相当性は、採尿によって被疑者の被る身体上、精神上的障害、苦痛の程度等を考慮に入れて判断されるとした。そして、本件では、被告人は採尿の目的につき防犯目的といった曖昧な説明しか受けておらず、したがって採尿にかかる真意に基づく明示的同意はなかったし、採尿までの過程も長時間に渡りいささかの無理強いが認められるとし、本件の採尿手続は違法とした¹⁶⁾。

4 日本法のもとでの議論——同意の有効性を中心に

偽計による証拠収集の適法性が、強制処分性の枠組みの中で議論されているということはI 2で前述した通りである。そして、偽計による証拠収集で主に問題となるのは、強制処分性にかかる有力説の2要素(①相手方の意思に反して②その重要な権利・利益を実質的に制約する処分かどうか)のうち、前者の「相手方の意思に反して」の部分である。偽計によって証拠の提出等につきその意思に瑕

疵が生じることがまさしく問題であり、偽計によって被侵害利益が変化するわけではない¹⁷⁾。

まず、前掲II 3(1)のように強制採尿令状を有している旨欺罔し尿を提出させたというような極端な事案においては、これが相手方の「意思を制圧」していたと評価されることに争いはないであろう。令状が発付され拒否しても強制的に採尿手続が実行されると誤信したために抵抗を諦めて尿を提出したというのであり、その同意は強制されたもので任意性に欠けるといえる。尿を出さなければ身体に危害を加えると脅迫され尿を提出した場合にその同意の任意性が欠けるとされるのと同じ話である¹⁸⁾。

偽計による証拠収集で争いがあるのは、以上のような明らかに強制力を及ぼしたと評価されるような偽計が行われた事案ではなく、それよりも比較的穏当な偽計が行われた場合において、証拠収集がなお(有力説でいうところの)「相手方の意思に反して」に当たるかという点である。ここでは、「相手方の意思に反して」(あるいは昭和51年決定の「意思を制圧」)の解釈が問題となる。

まず、一般的には、(有力説は)「相手方の意思に反して」には黙示の意思に反する場合も含まれると解している。これは、GPS捜査に関する判例である最判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁が、GPS捜査が強制処分であると判示する上で、昭和51年決定を引用しながら、「合理的に推認される個人の意思に反……する捜査……は……個人の意思を制圧する」としたことから、「意思に反」というのは、黙示の意思に反する場合を

由に挙げて、本件のように正当な理由なく拒否している場合に、被告人が尿意を催したことを知り本件のように尿を採取することは、被疑者の身体をいささかも障害するものではないことにも徴し適法とした。なお、本判決の上告審(最決昭和49年12月3日判時766号122頁)は、「本件における被告人の尿の採取が違法であったとは認められない」として、特に理由は述べずに上告を棄却している。

16) なお、本判決の控訴審の大阪高判昭和53年9月13日判時917号141頁では、事実認定につき、被告人は覚せい剤検査のための採尿であることを知っていた(採尿目的につき明確な告知があった)と認定し、捜査官から被告人に対して強制は働いていなかったとして、本判決を破棄し、有罪を宣告した。

17) 本稿と異なり(特に平28佐賀地決・平28東京高判において)、強制処分性の判断につき②の「重要な権利・利益」に該当するか、という方向からアプローチする見解も多い。例えば、大久保・前掲注3)、河村有教「判批」海保大研究報告法文学系63巻1号89頁、89頁以下(2018)等を参照。また、このような偽計的手段を用いた捜査類型における被侵害利益につき、一般的に検討するものとして、例えば、大久保隆志「任意捜査の限界—偽装型捜査の許容性とその限界—」広島法科大学院論集9号117頁、117頁以下(2013)がある。

18) この部分につき、川出・前掲注3)44-45頁、鶴田・前掲注1)157頁。

含むことを判例も前提としているものと考えられている。

しかし、有力説その他が（昭和51年決定の「意思を制圧して」を読みかえて）強制処分性において意思に反するという要件を設けた元々の趣旨は、通信傍受が当事者の知らないうちに実施され、当事者が（傍受捜査を受けていることを認識していない以上）傍受に反対することは考えられず、意思の制圧が観念できないから任意処分であるとする見解¹⁹⁾に対する反論としてなされたものである点は留意せねばならない。すなわち、本人が知れば当然に拒否すると考えら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は、現実に表明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とされる²⁰⁾。

以上から、強制処分性において、「意思に反して」＝黙示の意思に反する場合、と解する際に想定されていたのは、捜査対象者が捜査行為を受けていることを認識していないような場合であり、捜査機関が行なっている行為を認識しているような場合は、別途、黙示の意思に反するかを検討しなおす必要があるとする見解が有力である²¹⁾。

では、（捜査対象者が捜査行為につき認知している場合において）どのような事情があれば黙示の意思に反した占有放棄が行われたといえるのか、については見解が分かれる。

例えば、対象者が「物ないし情報が相手に

渡る」という事実を認識しそれが任意になされていれば、強制処分性判断にいう「意思に反して」には当たらないとする見解²²⁾がある。この見解は、占有放棄に捜査機関が関与していない事案において、判例²³⁾が公道上のゴミの領置を適法としていることに鑑みれば、判例は、被告人がゴミを捜査機関に領置されることを知っていたら捨てなかった、という場合であっても占有放棄が意思に反して行われたことにはならないことを前提にしているのだと考える。とすれば、占有放棄が捜査機関に対する任意提出の形で行われても（放棄後の事情は関係ないのだから）占有放棄が意思に反しないという結論は変わらない²⁴⁾、と考える²⁵⁾のである。

また、「意思の制圧」について類型を分けて分析する見解²⁶⁾もある。この見解は、都合6通りに場合分けして考察し、要約すれば、対象者が行為自体を認識し、それが捜査行為であることも把握している場合で、かつ、捜査機関が捜査行為を受動的に受忍させるにとどまる場合には、意思の実現の自由が奪われた時に「意思の制圧」が認められるが、他の類型においては意思決定の自由を奪った場合に「意思の制圧」が認められるとする。

以上の検討をまとめれば、偽計による証拠収集は、強制処分性のうち対象者の意思に反するかが問題であり、「意思に反する」場合の解釈は捜査が自身に対し行われていることを認識している場合か否かで変化すると考える有力な見解がある、というのが現状である

19) 土本武司『犯罪捜査』130頁（弘文堂、1978）。

20) この点につき井上・前掲注4)55頁。

21) この点、川出・前掲注3)51頁以下、吉田雅之「判批」研修824号13頁、24頁以下（2017）参照。また中谷・後掲注26)は「意思の制圧」につき場合を分けて考察するが、同様の問題意識に基づくものと考えられる。

22) 川出・前掲注3)52頁以下。

23) 最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁。

24) すなわち、占有放棄が意思に反することなく行われたかを決めるのは、占有放棄をしているという事実を認識して行なったか否かそれだけである、と考えるのである。

25) 本文に挙げた裁判例中、平28佐賀地決や前掲注6)で触れたなりすまし捜査は、捜査行為を受けている事実を認識していないからこの基準とは異なる処理となる。川出・前掲注3)は、この点につき明示的に結論を述べてはいないものの、（捜査行為を認識していない以上は、）通信傍受の場合と同様に黙示の意思に反していれば「意思に反する」と考えるのであろう。とすれば、例えば足跡痕にかかる平28佐賀地決では、意思に反し（プライバシー的に）重要な権利利益たる足跡痕を採取する行為は強制処分となるのであろう（そして検証令状なく足跡痕の採取を行なっているから違法という結論となるのであろう）。

26) 中谷雄二郎「DNA型情報の詐欺的取得について—捜査行為の強制処分性の判断基準—」刑事法ジャーナル59号45頁、51頁以下（2019）。

う。

なお、以上の見解から強制処分性が否定されたとしても、任意処分として違法となる余地は残されている。これについては、捜査の公正や適正手続に反し違法であるとする見解²⁷⁾もあるが、これは、捜査機関側に捜査目的の告知義務があることが前提の見解である。しかし、捜査の密行性に鑑みれば、そのような告知義務を基礎付けることは難しいとする理解の方が一般的である²⁸⁾。ただし、そうであるとしても、(相手方の錯誤に乗じるのみならず)積極的に欺罔行為を働いた場合には(同意の有効性は否定されないとしても)なお、本来令状によるべき処分において令状審査を回避した点に令状主義潜脱の意図があるとして、違法性を認める余地があるとする見解²⁹⁾もあることには留意したい。

5 アメリカ法に向けて——同意捜索の概要等

以上、日本法のもとでの議論状況を整理したが、「意思に反して」の要件にかかる諸見解はいずれもつまるところ、偽計で得られた同意の有効性を議論しているように思われる。もし同意が有効であるならば、「遺留し

た物」として刑法 221 条により領置し適法に証拠収集が可能であるし³⁰⁾、同意が無効であれば被害利益の重要性を検討した上で(強制処分ないし任意処分としての)適法性判断に移ればよい。とすれば、偽計による証拠収集における議論では、偽計が同意の有効性に対してどのように影響するか、という形で問題を提起する方が見通しは良いはずである。

ところで、アメリカ法のもとでは、同意による無令状での捜索の実施、いわゆる同意捜索が認められている³¹⁾。そこでは、同意の有効性が直截に議論され、様々な裁判例の蓄積が存在し、中には偽計で得られた同意の有効性が問題となった裁判例も多く存在する。

よって、アメリカの裁判例における偽計で得られた同意の有効性にかかる議論を参照することは、日本での偽計による証拠収集の検討においても有用であると考えられる³²⁾。そこで、次章では、アメリカ法の同意捜索における偽計の評価につき確認していく。

27) 白取・前掲注 3)509 頁、松岡正章「判批」判例タイムズ 309 号 97 頁、101 頁 (1974)。これらは告知義務を行為規範と捉えて、それに違反したことを根拠にして違法を導く見解であるが、強制処分として違法なのか任意処分として違法なのかは明らかではない。両者とも適正手続遵守に重点を置き、強制処分性について拘泥しておらず、強制処分に付随して欺罔がなされた場合か任意処分に付随して欺罔がなされた場合かで場合分けしているようである(前者であれば強制処分として違法、後者は任意処分として違法)。

28) 例えば、大久保・前掲注 3)20 頁は、捜査の密行性につき、訴訟書類非公開の原則を定める刑法 47 条の趣旨、捜査関係者の名誉の保護を定めた同 196 条の趣旨、情報公開法の適用除外を定める同 53 条の 2 から、捜査の秘密は相応に保持されるべきであるとし、また、いわゆる付審請求事件に関する判例(最決昭和 49 年 3 月 13 日刑集 28 卷 2 号 1 頁)に照らせば、捜査機関の側の告知義務はないものとする。

また、吉田・前掲注 21)29 頁は、相手方に捜査目的を明らかにすることは罪証隠滅や逃亡を招くことになりかねない点を指摘し、告知義務を否定する。池田・前掲注 3)248 頁も同旨。

29) 原田國男「採尿検査を巡る問題点」警察学論集 27 卷 5 号 35 頁、35 頁 (1974)。

30) 自身の意思で占有を放棄したものは 221 条の(「任意に提出した物」に当たらずとも)「遺留した物」に当たる。同条の「遺留した物」とは遺失物より広い概念であり、自己の意思により占有を離脱させた物も含まれるものと解されている。この点、河上和雄ほか編著『大コンメンタール刑事訴訟法(第 2 版)第 2 卷』301-302 頁〔渡辺咲子〕(青林書院、2010)、松尾浩也監修・松本時夫ほか編集代表『条解 刑事訴訟法(第 4 版増補版)』211 頁(弘文堂、2009)。

31) 一方、日本法では、犯罪捜査規範 108 条が対象者の(捜索に対する)同意が得られる場合であっても令状によるべき旨を定めている。ただし、捜索にかかる真の同意がある場合には、違法ではないとされる。この点、新開雅夫ほか『増補 令状基本問題 下』283 頁以下〔村瀬均〕(判例時報社、1996)、録・後掲注 32)1 頁以下参照。

32) 録大輔教授は、アメリカの同意捜索を論文として紹介しているが、アメリカ同意捜索における同意の議論が日本の領置手続における同意の解釈に少なからぬ寄与があることを目してのことであると述べている。この点、録大輔「合衆国における同意捜索の問題」修道法学 27 卷 1 号 1 頁、1 頁以下 (2004) 参照。

Ⅲ. アメリカ法——同意捜索における偽計の評価

1 概略

まず、偽計を用いた捜査手法につき判断をした連邦最高裁の一連の判例及びそこから看取できる基準につき、以下の2で述べる。そして、連邦最高裁の基準が及ばない事案類型について、下級審がどのように判断をしているのかを3で紹介し、それらを連邦最高裁の基準とまとめ、同意捜索の有効性につきどのような判断枠組みがあるのかを4で考察することとする。

2 連邦最高裁の判例

偽計を用いた捜査手法につき判断を下した一連の連邦最高裁判例として(1) *On Lee v. United States* (1952)³³⁾、(2) *Hoffa v. United States* (1966)³⁴⁾、(3) *Lewis v. United States* (1966)³⁵⁾の3判例があり、この3判例がリーディングケースとされている³⁶⁾。まずは、これら3判例の事案の概要と判決内容を整理し、どのような基準が3判例から看取されるのかを確認する。

(1) *On Lee v. United States* (以下「Lee判決」という)

クリーニング屋³⁷⁾を営む被告人の元に、被告人の旧故で当該クリーニング屋の元従業員Aが訪ねてきて、被告人と会話をした³⁸⁾ところ、その中で被告人は自身がアヘン販売の罪を犯していることを認める旨の発言をし

た。Aは当時、麻薬取締局のエージェントであり、被告人の当該発言はマイクを通じて他の捜査員に盗聴されていたが、被告人はAが麻薬取締局のエージェントであること及び会話が捜査員に盗聴されていたことは知らなかった。被告人の自己負罪の発言につき盗聴していた捜査員が公判で証言をし、この証言の証拠排除が申し立てられた。以上の事案において、連邦最高裁は、特段の理由を述べることなく、Aは黙示に招かれたとまではいえないものの被告人の同意を得て立ち入っていた、と述べて証拠排除を否定した。

(2) *Hoffa v. United States* (以下「Hoffa判決」という)

被告人は、自身のホテルのスイートルームに頻繁に訪ねてきていたBに対し、自身が行った陪審員への賄賂供与の事実につき話した。Bは、実は政府の情報員であり、被告人は、その事実につき作成されたレポート及びBの証言を証拠として起訴³⁹⁾され、そのレポート等の証拠排除が争われた。以上の事案において、連邦最高裁は、まず前提として、ホテルの部屋は第4修正⁴⁰⁾の保護を受け、その保護下でなされた会話も保護対象となること、第4修正の保護は対象者が憲法上保護される領域（それが家やオフィス、宿泊するホテルの部屋や車であれ）に自身あるいは自身の財産を置いたときに（保護されると）信頼したとしたその（捜索されないという）安全性に及ぶということを述べた。その上で、本件につき以下のように述べて証拠排除を否定した。

被告人は、Bに自己の罪を認める発言をした際にホテルの安全性に頼っておらず、Bは

33) *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952).

34) *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

35) *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966). なお、この判決は *Hoffa v. United States* の4日後に出されている。

36) See LAFAVE, *infra* note 41, pp.166-173. なお、同部分 (§8.2(m)) にかかる記述を LaFAVE 自身が若干簡略化した WAYNE R. LAFAVE et al., *CRIMINAL PROCEDURE* pp.334-335 (6th ed. 2017) ではこの3判例のみが取り上げられている。

37) クリーニング屋のスペースの内、客が立ち入る部分は通りに面しており開放されていた。

38) この時、他の客も自由に出入りしていたことが認定されている。

39) 陪審員に対し影響等を与えた罪, 18 U.S.C.S. §1503.

40) 合衆国憲法第4修正は不合理な捜索、逮捕、押収の禁止につき定めており、“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”と規定する。

被告人に招き入れられており、当該会話はBに直接ないしはBがいることを認識しながらなされたものであって、要するに、被告人が頼りにしたのはホテルの部屋の（捜索されないという）安全性ではなく、Bは被告人の罪を他人に報告しないであろうというBに対する誤った信頼である。会話が他人に聞かれる、話した相手に裏切られる、相手方の素性につき騙される、といったことは人間社会ではおそらくつきものであって、我々が会話する際には考慮しなければならない一種の危険（risk）である。第4修正は、犯罪者の、任意に自己の罪を話した相手はその自己の罪を他人に明らかにしないであろう、という誤った信頼については保護をせず、本件では第4修正で保護される利益がない。

(3) Lewis v. United States（以下「Lewis判決」という）

連邦麻薬秘密捜査官のCは、友人からの紹介を受けたと偽り、捜査官としての身分を秘匿して被告人に電話をかけて、マリファナを購入できるか尋ねた。被告人は了承し、Cに自身の家に来るように言った。Cは、被告人宅のドアをノックし名乗ったところ、被告人がドアを開けたので、Cは家に入り値段の交渉等を行なった上で被告人からマリファナを購入した。その後、被告人は、麻薬取締法違反で訴追されたが、証拠として前述のマリファナとCの証言とが採用された。被告人は、証拠排除の主張として、令状なしで家に捜査官が立ち入ることは第4修正違反であり、捜査官を自宅に招き入れたという事実についても、その当該招き入れが欺罔によって生じたものであれば権利の放棄は生じていないと主張した。

本件につき連邦最高裁は、以下のように述べて、被告人の証拠排除の主張を退けた。

（まず価値判断として）本件では、被告人は麻薬を売買するという犯罪目的で捜査官を招き入れている。被告人の懸念事項として

は、Cが合意の値段で購入できるかどうかただそれだけであつたし、捜査官も被告人が意図した以上のことは深入りせず、何も見聞きしなかつたし、何も物を取っていなかった。本件のような欺罔さえ違法で禁止されるとすれば、秘密捜査官の行う捜査は全て違法となってしまう。

（そして第4修正の保護範囲論として）本件のように、家が違法取引目的のために外部の人間が招かれるような商業施設に転用されているような場合には、その保護の程度は、店や車庫、車、路上と同程度の保護しか与えられない。秘密捜査官がその違法取引をするための招き入れを受け入れて、所有者の意図する特定の目的のために家に立ち入ることは、第4修正に違反せず許される。

(4) 連邦最高裁の基準

Lee判決、Hoffa判決、Lewis判決（以下、この3つの判例をまとめて参照する場合には「最高裁3判例」という）から看取できる連邦最高裁の基準は、直ちに明らかではないが、LaFAVEによれば、最高裁3判例からは次のような基準⁴¹⁾が導かれる。

「ある個人が他者に立ち入りの同意を与えた場合、自らがその他人に自身の罪ないしその証拠を開示することになるということを知識していれば、当該個人が当該他者は警察官であると気付かせなくするような身分に関する非開示ないし積極的な欺罔がなければ同意はしなかつた、という事情があるだけでは、その同意が無効になることはない。」（これを、最高裁3判例の頭文字をとって、以下「LHL基準」という。）

確かに、LHL基準はHoffa判決の判示から汲み取ることができ、また、この基準が判示されていないLee判決、Lewis判決にも適用が可能で、かつ、結論を説明できうる基準である。実際この基準を用いて処理を行っている下級審判例が現在まで数多く存在⁴²⁾することに照らせば、この基準は（単なるLa-

41) WAYNE R. LAFAVE, SEARCH AND SEIZURE A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT VOLUME 4 at 168-169 (4th ed. 2004).

42) 例えば、O'Neill v. Louisville/Jefferson County Metro Government, 662 F.3d 723 (6th Cir. 2011)（無免許で子犬を販売している疑いのある被告人の自宅兼販売店に捜査員が購入者を装って立ち入った事案につき、被告人は自身の家の子犬を見に来た者に対し開放し、購入者を装った捜査員も被告人が許可した範囲を超えて家の他の部

FAVE の一見解ではなく) 判例基準として確立しているものと評価できよう。

もっとも、この基準の適用の前提には注意を配る必要がある。すなわち、最高裁 3 判例では事案が全て (LHL 基準にいう) 「身分に関する非開示ないし積極的な欺罔」が問題であったことは必ず押さえなければならない。(詳しくは後述するが) 偽計を用いた捜査手法には大きく 2 つのパターンがあることを、ここで確認しておきたい。つまり、①自身が捜査官であることを秘して行うパターン (これを以下「身分欺罔型」と呼ぶ) と②自身が捜査官であることを明かしながらなお偽計的捜査手法を用いるパターン⁴³⁾ (これを以下「目的欺罔型」と呼ぶ) である⁴⁴⁾。そして、これら最高裁 3 判例は、いずれも前者の身分欺罔型に属する判例である。LHL 基準は、身分欺罔型の事案にのみ射程が及ぶ基準であって、目的欺罔型には適用できないのである。

では、目的欺罔型の事案ではどのような基準で処理するのであろうか。残念ながら、これについては連邦最高裁の判例は存在しない⁴⁵⁾。論者によっては、目的欺罔型については「公正」以外の基準は存在しないと述べ

る者もいるし⁴⁶⁾、下級審判例もその判断が様々になっているのが現状である。しかし、その下級審判例も丁寧みにていけば、その中に一定の傾向や基準を見出すことが可能である。

そこで、以下では目的欺罔型について下級審判例を中心に事案や判旨を確認していく。

3 下級審判例の展開——目的欺罔型

同意の有効性にかかる判例——強制に (1) よって得られた同意に準じる場合であるか

a 連邦最高裁の先例——Bumper v. North Carolina (1968)

まず、確認しておきたいのは、下級審もあくまで同意の有効性枠組みで処理していることである。そして、そのすべての下級審判例の基礎にあるのは連邦最高裁の Bumper v. North Carolina (1968)⁴⁷⁾ (「以下 Bumper 判決」という) である。本判例は、強姦事件の被疑者宅の捜索を実施するに際し、捜索令状を有していないにもかかわらず捜索令状を有している旨の虚偽を被疑者の祖母に申し向け

分に入ったわけでもなく、加えて被告人は子犬の購入に真に関心を抱いていない者が来店する危険を引き受けていたと判示して、立入りを適法とした)、United States v. Bramble, 103 F.3d 1475 (9th Cir.1996) (所持が禁止されている毛皮を販売していた被告人に捜査官でないことを保証して購入を申し込んだ秘密捜査官の被告人宅への立入りにつき、被告人が許可した範囲を超えていなかったことを理由に適法と判断し、また捜査官でないことを保証した点も Lewis 判決の基準から正当化されるとした)、United States v. Wagner, 884 F.2d 1090 (8th Cir. 1989) (違法薬物密造の嫌疑のある被告人宅に宅配業者を装って訪問した事案で、身分に関する欺罔は常に同意を無効にしないとし、Lewis 判決を引用して同意を有効とした) などがある。

43) どのような場合がこれに該当するのかについて、詳しくは本文後述の下級審判例の事案を確認してほしいが、例えば、捜査官が DNA サンプルを「強姦被疑事件には利用しない、アルコール検査に用いる」旨申し向けて相手方に提出させ、それを強姦被疑事件の証拠として利用する場合などが挙げられる。

なお、目的欺罔型は (便宜上) このように定義するが、身分欺罔型と排反関係にはないことは付言しておく。例えば、平 28 東京高判のように身分も欺罔しつつ行為についても偽計を働くという (めずらしい) ケースでは身分欺罔型・目的欺罔型の両方に該当する。

44) このように 2 つの類型に分けて考察することは米国においても一般的な理解であるものと考えられる。LAFAVE, *supra* note 41 においては、§8.2(m) で “Deception as to identity” と、§8.2(n) で “Deception as to purpose” と分けて考察されている。また、JOSHUA DRESSLER et al., UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE VOLUME 1: INVESTIGATION, 253 も同様に両者を分けて分析している。

45) Ferguson v. City of Charleston, 532 U.S. 67 (2001) において目的欺罔型が問題となった (入院中の妊婦が薬物濫用で訴追されたが、その際の尿の提出の任意性が争われた) のだが、連邦最高裁は同意の問題に踏み込まずに差し戻したため、結局、連邦最高裁が目的欺罔型につき基準を示した判例はない。この点につき、LAFAVE, *supra* note 41, at 176-177.

46) 例えば、LAFAVE は目的欺罔型の判例につき一般的な基準はなく公正かどうかでしか判断できないのではなかるとする。LAFAVE, *supra* note 41, 182; JOSHUA DRESSLER et al., *supra* note 44, 254.

47) Bumper v. North Carolina, 391 U.S. 543 (1968).

て、祖母の同意を得て⁴⁸⁾ 捜索を実施しライフル銃を押収したという事案である。以上の事案において、連邦最高裁は、当該同意は強制で得られたものとして無効と判断した⁴⁹⁾。

この判決は、捜査対象者に対し、捜索を拒んでも（令状があるから）無意味であって選択の余地はない、と誤信させる行為を行なった場合には、当該欺罔で得られた同意は強制で得られたものであって無効とした。危害を加える旨の脅迫で得られた同意につき選択の余地がなく強制で得られたものと評価されることに争いはなく、それと（相手の選択の余地を失くすという意味で）同様であると判断したものと見えよう⁵⁰⁾。

b 重大な不利益を与える旨の欺罔が行われた場合

目的欺罔型では、時に強烈な偽計が行われ、捜査対象者の選択の余地を失わせるような場合に至るケースがある。その場合には、当該同意が強制で得られた場合に準じるものとして捜索にかかる同意は無効になる、と解し、Bumper 判決に近い処理をしている。

その典型例として、まず *United States v. Hardin*⁵¹⁾ がある。捜査官は被告人に対する逮捕令状を得ていたが、被告人の所在が不明であった。情報提供から被告人がアップルウッドの団地でガールフレンドと同棲してい

ることと普段使用している車の情報を得て当該団地を調べたところ、48 番棟近くで車が発見された。しかし、団地の管理人に事情を聞いたところ、被告人を 48 番棟付近で見たことはなく 48 番棟の賃借主の名義は別人であった。そこで、捜査官らは、管理人に 48 番棟の中に被告人が現在しているか確認してほしい旨依頼し協力を取り付けた。管理人は、捜査官らの指示に従い、鍵を使用し嘘の水漏れの点検の旨を告げて 48 番棟に入り、被告人が現在していることを確認した。捜査官らは、その情報を聞いて 48 番棟の内部に立入り、被告人を逮捕した。以上の事案において、裁判所は、以下のように述べて、同意を無効とした。警察であるということを隠さないし偽ることそれ自体で直ちに個人の権利侵害になるわけではないが、欺罔により同意者が当該（秘密）警察を招き入れる他に選択肢がないと思わせた場合には、当該同意は任意性に欠けるものと評価される。本件では、水漏れしているとなれば居住者は捜査官のエージェントたる管理人を部屋に入れる以外の選択肢がないと考えるから、同意がなされていてもそれは無効である⁵²⁾。

また、*United States v. Harrison*⁵³⁾ では、ATF⁵⁴⁾ 局員は、被告人が自身のアパートで薬物を売っている旨の情報提供を受け捜査を

48) そもそも被告人の祖母に被告人宅の捜索にかかる同意をする権限があるのか、という問題も存在する。これは、同意捜索における第三者の同意権、として議論される問題点であり、本来は同意捜索を議論する上で重要であるが、本稿の目的からは外れるのでここでは割愛する。第三者の同意については、JOSHUA DRESSLER et al., *supra* note 44, §16.05 を、日本語文献としては、緑・前掲注 32)、特に 14 頁以下参照。近時の第三者の同意にかかる米国判例を取り扱ったものとして、柳川重規「Fernandez v. California, 571 U.S., 134 S. Ct. 1126 (2014) (海外法律事情 アメリカ刑事法の調査研究 (144))」比較法雑誌 49 巻 2 号 201 頁, 201 頁以下 (2015) がある。

49) この判例については何点か留意する必要がある。まず、この判例は同意の任意性の立証責任は検察官が負うものと判示しており、この点にも大きな意義がある。そして認定においては、警察の「適法な権限がある」という主張に被告人の祖母は従った、ということを示しただけでは検察官の立証責任は果たされたとはいえないとした。また、この判決が出された時代はウォーレン・コート (Warren Court) の最盛期である 1968 年で、事案の紹介においても、祖母が 66 歳の黒人の未亡人である一方、捜査官側の人間は白人 4 人とわざわざ書かれており、第 4 修正の問題だけにとどまらず市民の権利も合わせて問題であると裁判官が感じていた可能性がある点には留意したい。以上につき、See JOSHUA DRESSLER et al., *supra* note 44, at 252-253.

50) この点は日本と議論が重なる。本文 6 頁も参照。

51) *United States v. Hardin*, 539 F.3d 404 (6th Cir.2008).

52) 本事案では、居住者の同意が鍵を使って内部に入るより前にされていたか、それとも後にされていたかで場合分けを行っており、本文で紹介した判旨は前者にかかるものである。居住者の同意が鍵を使っての立入りより後になされていた場合には、警察 (に準じる管理人) が同意なく被告人宅に強制的に立ち入っていることになるから、直ちに違法となる。

53) *United States v. Harrison*, 639 F.3d 1273 (10th Cir.2011).

54) アルコール・タバコ・火器及び爆発物取締局の略称。

していたが、被告人を数ヶ月監視しても薬物を売っているとの証拠を得られず、令状の発付に足る相当な理由 (probable cause) も欠けていたので、同意による捜索を試みることにした。局員らが私服で ATF のバッジを首元につけて、被告人方に赴き、ドアをノックし警察官であると名乗り、アパート内に立ち入り会話したい旨述べたところ、被告人は、これを承諾し内部に招き入れた。局員らは、被告人に、このアパートに爆弾があるとの匿名の通報を受けたと告げ、被告人のアパートを捜索してよいか尋ねた。被告人が同意したために捜索を行ったところ、シンク下の壁の穴に隠されていた銃を発見し、合衆国法典第 18 編 922 条(g)(1)に反し火器と弾薬を所持している重罪で起訴された。以上の事案で、裁判所は、次のように述べ、同意は無効であるとした。爆弾が仕掛けられていると嘘をつく行為は、拳銃を被告人に突きつけて同意を強制的に獲得するのと同様に第 4 修正を侵害する行為である。すなわち、上記のような虚偽の情報を伝えられれば被告人が爆発の被害を被りうる危険な状態にあると信じることも合理的であり、そのような状態になった被告人には、①爆発の危険性を甘受してでも捜索への同意を拒否するか、あるいは②捜索に同意するかとの 2 つの選択肢しか存在せず、このような状況下でなされた同意は、強制のものというべきであって同意は無効である⁵⁵⁾。

被告人に架空の犯罪につき嫌疑がある ○ 旨の欺罔が行われた場合

目的欺罔型の中には、被告人に (架空の) 犯罪の嫌疑がかけられている旨を告げて同意を得る場合もある。これについても一定の場合には同意が無効とされる。

犯罪の嫌疑があると欺罔した典型的な (a) 裁判例—— Krause v. Commonwealth (2006)

架空の犯罪を捏造して、その犯罪についての嫌疑がかかっていると欺罔し同意を得た典型的な裁判例として Krause v. Commonwealth⁵⁶⁾ がある。捜査官は、被告人宅で薬物取引があるとの情報を得たので、被告人宅につき捜索を行おうと考えたが、捜索令状の発付のための相当な理由まではなかったもので、架空の話を仕立て被告人の同意を得て立ち入ろうと考えた。警察官が被告人宅に午前 4 時に赴き、先ほど若い女性が被告人と同居する Yamada という男にこの家 (被告人宅) で強姦されたとの通報を受けたことから、彼女の言う部屋の中の様子とこの家の家具の位置が間違いないか確認してよいか、と尋ねたところ、被告人が捜査官の立入りに同意し、その場で薬物が発見された。以上の事案において、裁判所は、捜索にかかる同意が任意に、すなわち、明示・黙示の強制なくなされたもので、当該欺罔が憲法上の要請を没却していないかどうかで決定すべきであると述べた上で、以下のように 3 点述べて、本件の欺罔は非常に不公正なもので強制力を有するものとして証拠排除した。①本件欺罔のなされた時間と欺罔の性質、すなわち、朝 4 時に制服警察官が家に来ることそれ自体で恐ろしいことであり、また、若い女性の強姦事件という卑劣 (heinous and shameful) な犯罪の疑いがあると合わせて告げられれば、ほぼ全ての者は圧倒され動転する (overwhelmed and stunned) のであり、また、②被告人に対してそのような欺罔をしなければならぬ切迫した状況にもなかつた⁵⁷⁾。そして、③このような欺罔で得られた証拠を排除しなければ、市民が犯罪捜査に協力するときに自分の

55) また、判旨では同意捜索中に被告人が部屋から退出してよいか尋ねなかつたという事情をもって被告人が爆発へ恐怖感を抱いていなかった (から強制力は働いていなかった) のではないかも知れなかったが、これについて裁判所は、被告人が退出を求めなかつたのは局員たちが私服で防護服をつけていなかった姿を見て、もし爆発物が見つかった場合には、爆発物処理班が直ちに呼ばれるかアパートから直ちに避難できると考えていたからだ (ゆえに退出を求めなかつたという行動も合理的であった) と述べている。

56) Krause v. Commonwealth, 206 S.W.3d 922 (Ky.2006).

57) 判旨では、令状が発付されている状態で令状執行のためにピザの配達人を装ったという事案で、当該欺罔は違法ではないとした Adlock 判決 (Adlock v. Commonwealth, 833 S.W.2d 831 (Ky. 1992).) とも比較し、そのような状況ではなかつたと述べている。

行動が社会のためなのか自分の犯罪の訴追のためなのかかわからず、犯罪があると懸念される場合の市民の最大の助力を得られなくなる。

(b) 被疑事実たる犯罪の性質による区別の可否—フロリダ州の下級審判例

フロリダ州ではさらに進んで、被疑事実たる犯罪の性質（被疑事実として告げられた犯罪が強盗か強姦か）に着目した処理をしている。被疑事実の差異が、同意が強制によって得られたものかどうかという結論に直結した判例として、*State v. McCord*⁵⁸⁾と *Wyche v. State*⁵⁹⁾がある。

まず、*State v. McCord*（以下「*McCord* 判決」という）は、被告人に対し強盗の嫌疑を抱いた捜査官が、強盗現場の血痕と照合する被告人の DNA サンプルを手に入れるために、被告人に当該強盗事件での利用目的は秘して、被告人に強姦事件の容疑がかけられている旨を告げて DNA サンプルの提出を求めた。もっとも、当該強姦は架空のものであり、また、被告人が現実には発生した強姦事件の被疑者となったこともなかった。被告人は、DNA を同意のもと提出し、それが上記強盗事件の証拠として利用された。以上の事案において、裁判所は、現実には存在する別罪の嫌疑を晴らすために同意提出された DNA を他の事件に利用することを適法とした *Washington* 判決⁶⁰⁾と異なり、本件で DNA の同意提出の対象となった犯罪は捏造された架空のものであり、また、被告人が DNA サンプルを提供した理由も強姦犯としての汚名を雪ぎたいという理由からであって、そのような欺罔行為は非常に操作的なものであり、許容される欺罔行為の程度を超え、本件の捜索にかかる同意は無効であるとした。

一方で、*Wyche v. State*（以下「*Wyche* 判決」という）は、捜査官が、被告人にスーパーマーケットでの強盗行為の嫌疑があると告げて捜査のための DNA サンプルの提出を求めた。もっとも、当該スーパーマーケットは架空のもので、捜査官がサンプルを求めた真の目的はある強姦事件の捜査であった。その強姦事件については容疑が晴れたのだが、一方で、かつて被告人が働いたことのあったレイクシティのギフトショップで起きた強盗事件において犯行時に現場に付いた血痕と先ほどの被告人の DNA とを照合したところ一致したため、被告人はその強盗事件につき起訴された。以上の事案において、裁判所は、被告人は、捜査官がある犯罪を捜査するために DNA サンプルの提供を求めた事実と当該捜査官がサンプルにかかる捜索令状を有していない事実につき誤解なく認識していた点、及び捜査官は被告人に DNA サンプルの提出につき選択権がないようにほめかしてもいなかった点に鑑みれば、捜査官の虚偽の情報伝達が被告人の同意にかかる意思を制圧するほどのものではなく証拠排除申立ては認められないとした。また、*McCord* 判決との整合性について、*McCord* 判決においては偽装された罪は強姦であったが、一般の被告人は証拠提供により嫌疑を払拭して強姦犯であるとのスティグマから逃れたいと思うものであるから、自身が無実だと確信している（架空の罪なのだから当然無実なのだが）場合には証拠提供するものである。強姦と強盗が被告人に与える圧力は異なるから、同意にかかる強制か任意かの判断が *McCord* 判決と本件とは分かれるとした。

なお、*Wyche* 判決には、*Anstead* 裁判官ほか、*Lewis* 裁判官ほかの 2 つの反対意見が付

58) *State v. McCord*, 833 So.2d 828 (Fla.App.2002).

59) *Wyche v. State*, 987 So.2d 23 (Fla.2008).

60) *Washington v. State*, 653 So.2d 362 (Fla. 1994). 本件被告人は殺人の容疑をかけられていたが、捜査官は、本人とは無関係の、ただし架空ではない性的暴行の容疑がかけられていると告げて髪と血液のサンプルの提供を求めたところ、被告人がこれに応じた。被告人は、当該サンプルを証拠に殺人の罪で起訴されたが、その証拠能力が争われた。以上の事案において、裁判所は、被告人が自身に殺人事件の容疑がかけられていると知らされていなかった（そして知らなかった）という事実がサンプルの提出にかかる同意の任意性に影響を与えないとして、証拠として採用した。なお、本判決はさらに進んで、DNA 情報は一定不変で変化したり消失したりしない個人情報であるという理由をあげて、一旦サンプルが適法に獲得されれば、当該被疑事件と無関係の事件に対し証拠利用することは妨げられない、とも判示した。

されている。まず、Anstead 裁判官ほか反対意見は、本件での欺罔行為の程度及びその悪質性に鑑みれば、同意が自由で非強制的の選択からなされたものとはいえないとする。敷衍すれば、Washington 判決⁶¹⁾では最初の DNA の提出は現実の犯罪の捜査のためであってそれを他の事件に利用するのは適法とされたが、本件及び McCord 判決では最初の提出が架空の犯罪のためになされている点に違いがある。そして、これは Bumper 判決と類似している。すなわち、Bumper 判決で同意が無効とされたのは欺罔を働いた部分が相手の同意の重要な部分にかかっていたからであるが、本件については（令状の事案ではないけれども）被告人は DNA サンプルを提出するだけで容易に犯罪（もっともその犯罪は虚偽で存在していないが）から放免される。同意をする際に重要な情報を偽ることで容易に被告人から同意が得られるからこそ、警察官も欺罔を働いたのである。この点が類似しているから、Bumper 判決と同様に、同意は任意性に欠けるとする^{62) 63)}。

また、Lewis 裁判官ほか反対意見は、Anstead 裁判官らと同様に他の判例との整合性について指摘しつつ、特に McCord 判決との整合性を説得的に説明できないとする。すなわち、重罪の違反は、どれも犯罪被告人の、時にはその人生まで変えてしまうような深刻なものであるのに、なぜ重罪の中での種類や程度（すなわち、偽装された罪が強盗で実際も強盗事案で起訴されたか（本事案）、偽装されたのが強姦で実際には強盗で起訴されたか）で事案が区別できるのか、と批判する^{64) 65)}。

(2) 同意の範囲に関する裁判例

対象者が（強制を受けずに）任意に同意を行なう場合であっても、同意に際して対象者ないし捜査機関側が捜索につき範囲を設ける場合がある。この場合、捜査機関側が範囲指定に応じる気が全くないのにあかかも範囲を遵守するかのように欺罔し、結局その範囲を超えた場合に捜索で得られた証拠を許容するか否かは、裁判例によりその理由も判断も分かれている。以下では、適宜分類を行いつつ、紹介する。

a 同意の範囲につき比較的緩やかにみる裁判例

(a) 典型例

同意の範囲につき比較的緩やかにみる裁判例として、まず、Commonwealth v. Brown⁶⁶⁾がある。3 件の銃に関する事件の参考人として呼ばれた被告人につき、同人が金銭的に非常に困窮していること、被告人が上記事件で使われたのと同じ型の銃を所持していることを知った警察は、困窮している被告人なら銃の売却を持ちかければ応じるであろうと考え、その銃を購入元の人物に売り戻すことに協力する旨申し出たところ、被告人はそれを警察に依頼し銃を預けた⁶⁷⁾。警察は実際に購入元の人物のところへ赴き被告人から預かった銃を売却したが、売却直後に同人（購入元の人物）から弾道試験（ballistic test）のために当該銃を数日借り受けた。弾道試験の結果、前記 3 件の事件のうちの 1 件で使われた拳銃であることが判明し、それを証拠に被告人は起訴された。以上の事案において、裁判所は、Lopez⁶⁸⁾・Hoffa・Lewis 判決を引用し、これらの判決は警察が自身の身分な

61) 前掲注 60) 参照。

62) Wyche v. State, 987 So.2d 23,38-39.

63) このほか、被告人の本件同意は拘禁中になされていたことも指摘している。Wyche v. State, 987 So.2d 23,39.

64) Wyche v. State, 987 So.2d 23, 64. なお、本反対意見は事案の分析も行なっており、本件強盗事件にかかる被告人の容疑の低さ（せいぜい直感レベルと評価されている）や欺罔で獲得された DNA がなければ本件強盗事件と被告人とが結びつくことはなかったこと等を指摘している。この点、Wyche v. State, 987 So.2d 23, 46.

65) なお、この反対意見について LaFAVE は、説得力ある反対意見（forceful dissent）と評している。この点、LaFAVE, *supra* note 41, 183 (note 418).

66) Commonwealth v. Brown, 437 Pa. 1 (1970).

67) 被告人は、拳銃につき売り戻しても大した額にならないと考えていたが、警察の仲介で高く売れるかもしれないことがわかり同意した。

68) ここでの Lopez 判決とは、Lopez v. United States, 373 U.S. 427 (1963) を指す。脱税責任から免れようとする被告人が IRS（アメリカ合衆国内国歳入庁）の職員に対し賄賂を持ちかけたところ、当該職員が賄賂に応じるふり

いし目的につき全て開示する必要はないと判示しており、本件の動機にかかる欺罔は上記3判決で行われた欺罔行為と実質的な違いはなく、上記3判例が欺罔行為を適法とした以上、本件欺罔は適法であり証拠獲得手続は問題がないとした^{69) 70)}。

また、*United States v. Hoggard*⁷¹⁾（以下「Hoggard 判決」という）は、スピード違反で停車させられた被告人に対し、警察官が車の中を確認してよいか尋ねたところ、被告人は許可し自らトランクを開けた。トランクには小さな金庫が入っており、警察官は、その金庫の中身も確認してよいか尋ねたところ、これについても被告人は了承し自ら金庫を開けた。しかし、被告人は、警察官が金庫の蓋に手をかけたところで、「すみません、金庫の中には妻の写真が入っているのですが」と述べた。それに対し、警察官は、「写真は探していないよ、ただ密輸品を探しているんだ」と返答した。被告人が「わかりました」と述べたので、警察官は、金庫を開けて中を調べた。金庫の中には、子供や女性⁷²⁾があらゆるさまざまな性的なポーズをとったり性行為を

したりしている写真が入っており、この写真を証拠として児童ポルノの罪⁷³⁾で起訴された。以上の事案において、裁判所は、次のように述べて、証拠排除を否定した。確かに、警察官が主な捜索対象としていたのは銃や薬物であって写真ではなかったことは間違いがないが、しかし、そのように述べたからといって、警察官が発見したポルノ写真を無視することまで義務付けられるものではない。被告人は金庫の中身も把握していたし、同意をすればどのような結果になるのかも認識していたのだから、同意につき強制力が働いたということとはできない。被告人は、上記のような警察官の言葉から、当該写真につきあらゆる責任から免れるものと考えたものと思われるが、この誤解が上記警察官による別解釈を生みうる発言に起因するものだとしてもなお、同意の任意性を否定する十分な理由とはならない。

(b) 捜索範囲につき捜査機関の側から積極的な欺罔がある場合

一方で、上記の Hoggard 判決に似たような欺罔が行われながらも同意捜索を違法とし

をして被告人の賄賂の申込みを密かにレコーダーで記録したという事案において、そのレコーダーの証拠能力が問題となった。連邦最高裁は、被告人は当該賄賂の申し込みにかかる会話を職員がその気になれば被告人に不利になるよう利用できることを認識していたから非公開の賄賂の申込みのやりとりが法的に保護されるとはいえないと、LHL 基準に近いことを述べて当該レコーダーを証拠として許容した。

69) この結論に際して、本件で警察が被告人に告げたままの事（購入者の元に行き売り戻す行為）を実行したという事実に基づき本件欺罔を肯定するわけではないと付言している。連邦最高裁は、欺罔の違法性につき、被疑者に真実を伝える必要があったかという点を考慮しておらず、告げた事実が全て嘘かあるいは一部は本当であったかとは関係なく同意の有効性は問題となると述べた。

70) 本判決については、*Roberts, Pomeroy* 裁判官の反対意見が付されており、要約すれば、証拠獲得のために被告人の同意を越える必要があったか否かで結論を決すべきとし、本件では銃の所有権放棄の理由（銃の売却）とは異なる理由（弾道試験）で所有権を得ており、これは侵害する保護領域を被疑者に少なく誤解させて同意を得るものであるから、第4修正に違反すると述べる。

より具体的には、昔の連邦最高裁の判例である *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298 (1921) を引用している。同判例は、被告人と取引関係にあった政府職員が、被告人から同人のオフィスに取引目的での立入りにかかる許可を得たところ、当該政府職員がオフィス内部の書類を令状なく差し押さえたという事案において、当該差押えは隠密手段を用いたもので第4修正に違反するとして証拠排除した判例で、*Roberts, Pomeroy* 裁判官の反対意見は、この判決を、被告人の所期する同意の範囲を超えた場合には同意捜索は違法になる、と判示した判例と捉え、*Lopez · Hoffa · Lewis* 判決とどちらが本件にふさわしいかを議論する。

また、本反対意見は、「警察官」が欺罔を行ったという事実についても言及する。具体的には、①警察官からの求めにはそもそも強制的な性質が含まれている（警察からの情報提供の求めや困窮への援助の申し出が合理的であるにもかかわらず、それを断るということには心理的な圧迫を伴う）、②警察官は信用性が高く自分に欺罔しないであろうという信頼を抱く点を指摘し、これも同意を無効にする理由となるとする。

71) *United States v. Hoggard*, 254 F.3d 744 (8th Cir. 2001).

72) 後の調べで、被告人の妻と2人の娘と判明した。

73) 正確には、合衆国法典第18編2251条(b)及び2条(18 U.S.C. §2251 (b) and 18 U.S.C. §2)に規定されている、未成年に対し視覚的な表現物作成目的で、あらゆるさまざまな性的表現を伴う行動をすることを許可する罪である。

た裁判例として *State v. Reinier*⁷⁴⁾ (以下「Reinier 判決」という)が存在する。警察は、被告人が違法薬物を売っているとの告発を受け捜査を開始したが、薬物売買の証拠を発見することができなかつたので、被告人の家に赴いた。警察官らは、被告人宅のポーチ部分に立ち入り⁷⁵⁾、自分たちは警察官で違法薬物につき捜査中であると述べた。また、警察官らは、前記告発につき調べており些細な薬物使用であれば問題なく、大規模な薬物の売人あるいは製造所の発見に捜索の重きがあると述べて、被告人に対し、家と地下室を捜索してよいかと確認した。被告人がそれに返事をする前に、警察官の一人が薬物あるいはその道具を持っているかについて確認したところ、被告人は、薬物を所持していると認めた。しかし、警察官らは、些細な薬物使用には興味がないと何度も繰り返して、家を調べてよいか再度確認し、合わせて、被告人は薬物所持を自白したのだから、すでに現在、令状発付を受けるだけの相当な理由があるとも告げた。そこで、被告人は、捜索に同意・署名したところ、被告人宅内で薬物が発見され、それを証拠に訴追された。以上の事案について、裁判所は、次のように述べて、同意はなく違法とした。本件で、警察が薬物使用の捜査のために令状を取らず家を見に来た、と説明したことは、普段からそのような捜査をできる権限が警察にはあるかのように暗示させる発言であって同意を否定する事情となる。また、警察は、被告人に少量の違法薬物に関心はなく大規模な薬物の売人か製造所に関心があると述べており、このような発言は、個人使用ないし売買で違法薬物を持っていることの深刻さを軽視させ、自身が薬物の売人でないあるいは薬物の製造所を有していないと判明すれば何も起こらないかのような誤解を不当に発生させるため、同意の任意性に影響

を与える。確かに、警察は令状発付に足る相当な理由がないにもかかわらずあると欺罔したわけではないし、被告人も捜索に同意する旨の署名をしている。しかし、それが違法な立ち入りの後になされていること、本件のような捜査手法が通常の捜査手続であるかのような説明をしたこと、個人使用程度の薬物は捜索対象ではないかのように欺いたことを総合考慮すれば、本件同意の任意性は否定される。

b 同意の範囲を厳格にみる裁判例—— ジョージア州の裁判例

以上のような裁判例に対し、同意捜索の有効性につき非常に厳格な判断を行うのがジョージア州である。

例えば、*Beasley v. State*⁷⁶⁾は、被告人に対し、保釈決定に利用するからという理由で尿の提出を求めた⁷⁷⁾が、保釈決定以外の用途でも利用されることを被告人に知らせていなかった。被告人が提出した尿から検出された薬物反応を証拠に、被告人は起訴された。以上の事案において、裁判所は、ある目的に対し同意があったからといって直ちに他の目的についても同意したことになるわけではなく、同意で得られた証拠につき被告人が利用目的につき通知されておらず、かつ、その目的を知っていれば同意をしなかったという場合には証拠排除されるという基準を立て、本件尿の証拠能力を否定した。

この基準は、交通事故を起こした被告人に対し、薬物使用あるいは飲酒の有無のチェックのために血液サンプルの提出を求めたが、当該血液サンプルは上記目的以外にも使用される旨を被告人に伝えず、血液サンプルから得られたDNAを証拠として被告人を別件の強姦事件で起訴したという事案を扱った *State v. Gerace*⁷⁸⁾でも全く同様に維持され、証拠排除がなされた。これらの両判例の基準

74) *State v. Reinier*, 628 N.W.2d 460 (Iowa 2001).

75) このポーチ部分の立ち入りの適法性(立ち入りに同意があったか)も本件で争われており、家の構造や当時ドアやブラインドが閉まっていたことなどを認定、仔細に分析しつつ違法としている。もっとも、立ち入りか違法でも捜索にかかる同意が直ちに否定されるわけではないとも判示した。

76) *Beasley v. State*, 204 Ga. App. 214 (Ga. App. 1992).

77) 特定の犯罪を行った者に対しては、保釈の際に尿の提出を求め、当該尿を用いて保釈決定をするかしないかの決定及び保釈金の額の判断に利用する運用になっていた。

78) *State v. Gerace*, 210 Ga. App. 874 (Ga. App. 1993).

は、さらに後の *Turpin v. Helmecci*⁷⁹⁾ でもなお維持され続けた。

しかし、以上のような（捜査機関が対象者に明示した目的以外の使用については証拠排除する）厳格な判断を行うジョージア州であっても、被告人が他目的利用につき認識し、かつ、異議を述べたり自ら範囲を付さなかったりした場合にまで同意搜索を否定してはいない。*Holmes v. State*⁸⁰⁾ では、公然猥褻の罪で捕まった被告人に対し、一定の犯罪の場合にはDNAサンプルを求める慣習になっていること、及び提出されたサンプルは他の事件でも利用され得ることを告知してサンプルの提供を求めたところ、被告人がこれに同意して提出し、そのDNAを証拠に別件の強姦事件で起訴されたという事案において、裁判所は、*Beasley v. State*・*State v. Gerace*の基準を引用しつつ、本件のように被告人が目的外利用につき通知され、かつ、被告人が別段の範囲を設けず同意した場合には上記基準の適用はない、と明示的に述べた。

4 判例の考察——身分欺罔型・目的欺罔型における同意の扱い方

以上様々な判例をみてきたが、この項ではこれらの判例の整合的な理解を試みる。

まず、「同意が有効であるか」と「同意の範囲を超えたか」については分けて検討すべきである。同意の範囲を超えたか、という

議論は同意が有効であることを前提にしなければできない議論であり、同意がそもそも無効であるのならば（範囲を議論するまでもなく）同意搜索は違法となる。したがって、同意搜索の有効性においては、まず、①同意が有効であるかを検討し、有効であることを前提に②同意の範囲を超えたかの2段階で判断するのが良いであろう（同意は有効だが同意の範囲を超えたという場合には、当該超えた部分については同意がそもそもなかったと扱うことになる）。

そして、前記の判例紹介の際に挙げた身分欺罔型と目的欺罔型の振り分けであるが、これも上記の2段階判断において差異が生じてくる。以下では、身分欺罔型と目的欺罔型とに分けて、それぞれ2段階判断にどのような差異が生じてくるのか、判例の事案も分析しながら考察する。

(1) 身分欺罔型の判例

身分欺罔型においては、主として1段階目の同意の有効性が問題となり、同意の範囲を超えたかという2段階目はあまり問題にならない。というのも、身分欺罔型で主たる問題となるのは、相手が警察官であると知っていればそもそも同意をしなかったという点であり、これは同意の有効性を争うものであるからである。この部分に適用されるのが連邦最高裁のいうLHL基準であり、同基準のもと一定の場合には同意が有効として扱われる⁸¹⁾。

そして、1段階目がクリアされれば、今度

79) *Turpin v. Helmecci*, 271 Ga. 224 (1999). 被告人が、薬物影響下での運転を行っていたかを調べるためのみに使用してよい（薬物反応が出てそれを薬物”所持”の立件のために使用してはならない）と制限を付した上で提出した尿を証拠として薬物「所持」罪で立件した事案で、*Beasley v. State*・*State v. Gerace*の2判例を引用して、被告人が明示的に拒否した目的で尿を利用することは許されないとして証拠排除した。

80) *Holmes v. State*, 284 Ga.330 (2008).

81) なお、この同意の有効性を基礎付ける基準として、判例のLHL基準の他に犯罪行為性という基準を挙げる見解がある（*LAFAVE, supra note 41, at 170-172.*）。この基準は、具体的には、身分欺罔型においては犯罪行為に参加したいという意図を表明した場合以外は偽計で得られた同意を全て無効にすべき、という基準であり、犯罪を行っていない無辜の市民のプライバシーが保護される点に利点があるとする。捜査機関による欺罔から無辜の市民のプライバシーを保護するという試み自体には私見としても賛同するが、相手方の行為の犯罪性という基準は*Lewis*判決、それから*Lopez*判決にこそ当てはまれども、*Lee*判決や*Hoffa*判決を説明できない。相手方の自己負罪の発言を聞く行為が犯罪行為への参加の表明であると解することはできないし、自己負罪の発言それ自体が犯罪性を帯びているわけでもないからである。そのため、基準としては魅力的であるものの、連邦最高裁判例を説明しきれない点で難を抱える基準であるといえよう。

また、*Lewis*判決の第4修正にかかる保護範囲論にかかる判示に着目し、取引場所の性質を検討する見解もある。この見解では、当該場所の要保護性の低さこそが問題となり、最高裁3判例の説明の仕方も変わるようになる。

は2段階目として同意の範囲が問題となるが、これについて最高裁3判例は特に判示していないことに鑑みれば、同意の範囲についてはいずれも問題ないと判断したのである。この最高裁3判例で同意の範囲がいかなる範囲であったのかは明らかではないものの、相手に委ねられた範囲、すなわち、被告人と捜査員の当該交流の目的を逸脱しない範囲については同意があったと評価されていると考えることができる。より具体的にみれば、Lewis判決のような取引目的の場合⁸²⁾には、その取引をするのに必要な場所への立入り、取引目的物、取引時の会話については同意の範囲に含まれているといえよう。他方、Lee判決やHoffa判決のように単なる(日常用語としての)交流が目的の場合には、交流をするために必要な部分への立入り及びそこでなされた会話については同意の範囲に含まれているといえよう。

なお、第2段階があまり問題とならないのは、通常の身分欺罔型でこの範囲を超える捜査が行われることは通常ないという事情にもよる。通常の交流範囲を(対象者の意思に反して)超えて証拠収集をすることは、相手方に怪しまれて偽計捜査の実効性を損なってしまうおそれがあるからである。

(2) 目的欺罔型の判例

目的欺罔型では、主として問題となるのは2段階判断の中でも2段階目の同意の範囲を超えたか、という部分であろう。もちろん、1段階目の同意の有効性が問題となることもあるのだが、それは同意が強制で得られた場合(あるいはそれに準じる場合)と評価されるような、強烈な内容の欺罔を行ったある種例外的な場合であり、目的欺罔型としてよく問題となるのはやはり2段階目であろう。

そのことを念頭に、それぞれの段階につき分けて検討する。

a 同意の有効性について(1段階目について)

目的欺罔型で例外的に同意の有効性が問題になる場合⁸³⁾は、Bumper判決のように同意に強制力が働く場合である。この場合は、当該同意にかかる任意性が欠けることになるから同意は無効となる。ここの検討では、前掲Ⅲ3(1)・(2)で挙げた下級審判例が参考になる。

いかなる場合に同意が無効になるのかについて考慮要素を具体的にみていくと、まず、対象者の身体に直接危害や甚大な不利益が及ぶ可能性がある旨欺罔して同意を求めた場合は、同意を得られたとしてもそれは強制的に得られたもの(ないしそれに準ずるもの)であって、同意が無効になるといえる。水漏れを装い欺罔したUnited States v. Hardin、爆弾が仕掛けられている旨欺罔したUnited States v. Harrisonはこの典型例であるといえる。これは、対象者に捜査の同意をしなければ危害を加える旨脅迫して同意を得た場合に準ずると評価でき、妥当な結論であろう。

また、同意を求めた時刻や内容によっては当該同意が強制で得られたものと評価される。Krause v. Commonwealthでは、朝4時という早朝に強姦事件という重大犯罪の嫌疑を告げる欺罔行為は強制力を有するとしている。正常な判断能力が鈍っているような場合に(捜索に同意し権利を放棄するかという)重要な判断をさせることは許されないとするものであり、これはそもそも同意に対する正常な判断ができていないのだから、同意を有効なものとして認めることはできないと考えることも妥当であると思われる^{84) 85)}。

例えば、Lee判決では前掲注37)・38)の事情が重要な意義を持つことになり、Hoffa判決もその方向で理由付けがなされる。しかし、私見としては、捜査を行う場所の要保護性と同意の有効性の議論とは全く関係のない独立の議論であり、同意がLHL基準のもとで無効でもなお証拠として許容できるかという話であるので、本稿では論の混乱を避けるため、これ以上の言及はしない。この見解については、緑・前掲注32)、LAFAVE, *supra* note 41, at 171 参照。

82) これは下級審の判示からも汲み取れる。下級審の判示については、前掲注42)を参照。

83) なお、相手方に強制力を行使して同意を得たかという点での同意の有効性は、理論上は、(目的欺罔型のみならず)身分欺罔型でも問題となりうる。しかし、身分欺罔型でこれを検討するとして、それは私人に扮する捜査員が(私人として)脅迫等を行い捜査対象者にドアを開けさせる場合など非常に特殊な場合が想定される。このような特異なケースを考える実益は乏しく、差し当たり判例も発見できないから、本文での言及は割愛した。

加えて、捜査対象者に架空の犯罪の嫌疑がかかっている旨告げるといふ欺罔類型について、フロリダ州⁸⁶⁾では、被疑事実たる犯罪の性質に着目している点も参考になる。Wyche 判決と McCord 判決の間では、被疑事実が強姦か強盗かでスティグマの生じる度合いに差があるとして結論が分かれている。これについては、前に確認した通り反対意見も存在しているから妥当な結論であるかは慎重な検討を要するが、被疑事実の性質という着眼点は注目に値しよう⁸⁷⁾。

b 同意の範囲について（第 2 段階について）

どのような場合に同意の範囲を超えたことになるかという点については、前掲 III 3(3)で挙げた下級審判例が参考になるが、結論や理由付けも様々であり、統一的に説明することは難しい⁸⁸⁾。看取できる考慮要素や考え方は以下のようなものになる。

①まずわかりやすいのが、同意に際して捜査機関側から積極的に証拠として利用しな

い、あるいは捜査対象でない旨を述べた場合⁸⁹⁾である。この同意の範囲を超えてなされた場合には当該同意捜査は違法となる。また、Reinier 判決と Hoggard 判決とを比較すれば、Hoggard 判決のように単に対象から外す旨の表明をしたにとどまる場合には、殊更に制限を設けた場合には当たらず、Reinier 判決のように訴追しないかのような意図を繰り返して表明することまで必要と考えられる⁹⁰⁾。

②また、同意の際に利用目的とされた被疑事実と得られた証拠が実際に利用された被疑事実とが異なる場合もあり得る。この場合に、証拠利用が同意の際の被疑事実に限定されるのかについては争いがある。ジョージア州は、この点をかなり厳格に解しており、被告人が真意を知っていれば同意をしなかったと認められる場合には同意を無効にするという立場を取っている。これは一つ明確な基準であってわかりやすいのであるが、この基準では同意の無効となる範囲がかなり広範にな

84) 本文では紹介しなかったが、逮捕のため被告人宅に同意を得るため、夜 11 時に猛吹雪の中で被告人宅を訪ね被告人の妻が交通事故にあった旨の虚偽を伝えた捜査官につき、被告人による自宅への招き入れがあったとした判例として *United States v. DiModica*, 468 F.3d 495 (7th Cir. 2006) が存在する。これは被告人による招き入れ行為（警察官に入ってい旨告げる行為）の有無にかかる事実認定で争い、その法的評価で争っているわけではないので、参考になるかは慎重な検討を要するが、ここで判例の存在については言及しておく。

85) これ（同意能力の低下）とは別に、同意能力の存在そのものが問題となった判例もある。*United States v. Ong Goon Sing*, 149 F.Supp. 267 (S.D.N.Y. 1957) では、パスポート詐欺の嫌疑がかかっていた被告人に対し、被告人が現在行っている身分訴訟の援助のためと目的を偽り被告人の書類の提出を求めたものの、当該被告人は（同意捜査につき幾度も確認・説明を必要とする程度には）英語能力が乏しかったという事案において、被告人の書類提出にかかる同意を無効とした。

86) フロリダ州の判例としては、*State v. McCord, Wyche v. State* が該当する。

87) また、*Wyche v. State* の Anstead 裁判官ほか反対意見では、架空の犯罪を捏造し嫌疑がかかっていると欺罔するか、それとも現実に存在する（ただし全く嫌疑のない）別罪につき嫌疑がかかっているかという点での区別も行なっている。このような被疑事実の性質についても一考の余地がある。

88) ゆえに明快な基準はなく「公正」かどうかこそが基準であると LaFAVE も評するのであろう。この点、前掲注 46)。

89) *Graves* 判決、*Reinier* 判決を参照。

90) 被告人が明確に拒否した後に捜査官が制限を設ける趣旨を述べた場合も、捜査機関側から積極的に制限を設けた場合に当たるものと考えているように解釈可能な裁判例として、*Graves v. Beto*, 424 F.2d 524 (5th Cir.1970) がある。被告人は公衆酩酊罪で逮捕されたが、逮捕に当たった捜査官は、逮捕現場の近くで強姦事件があった旨の報告を受け、その報告にあった強姦被疑者の容疑が当該被告人によく似ており、強姦現場には血痕が残っていたこともあって、被告人に血液サンプルの提出を求めた。被告人は、当初拒否したが、血液中のアルコール量を検査するためにしか使用しないからと捜査官に告げられたのでサンプルを提出したところ、それを証拠として当該強姦事件につき訴追されたという事案において、裁判所は、違法と判断した。

もつとも、同裁判例は、証拠損壊の緊急状況下では令状・同意なしの採血による証拠獲得が許されると判示した *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) を引用し、本件ではそのような緊急状況にはなかった、とだけ述べて違法としており、同意の有効性にかかる判示はなされていない点は留意したい（ただ、私見としては、違法という結論を導くには、緊急状況にないだけでは足りず、被告人の同意がないことも前提として必要であり、その意味で同意は無効であったという暗黙の判示がなされていた、と解釈することも可能だと考える）。

表

	身分欺罔型	目的欺罔型
同意の有効性 (第1段階)	○ LHL 基準 －「ある個人が他者に立ち入りの同意を与えた場合、自らがその他人に自身の罪ないしその証拠を開示することになるということを認識していれば、当該個人が当該他者は警察官であると気付かせなくするような身分に関する非開示ないし積極的な欺罔がなければ同意はしなかった、という事情があるだけでは、その同意が無効になることはない」	○ 選択の余地を失くしているか － 重大な不利益の告知 － 被疑事実での区別もあり得る (フロリダ州) ○ 判断能力の有無 － 同意を求めた時刻など具体的に
同意の範囲 (第2段階)	○ 交流の範囲 － 当該交流の目的に反しない範囲	○ 捜査機関側から殊更に範囲を設けたか － 捜査機関側から積極的に範囲を設けた場合それを超えてはならない ○ 利用目的とされた被疑事実と実際の利用被疑事実との違い － これを範囲逸脱とするかは両論 ○ 場所は欺罔せず目的物のみ欺罔 － 場所の範囲を超えなければ同意の範囲の逸脱はなし

り、同意捜索が容易に否定される⁹¹⁾という点で欠点がある⁹²⁾。

他方、(1段階目の同意の有効性で主に扱った)フロリダ州の2判例⁹³⁾では、(被疑事実たる犯罪が生むスティグマへの恐怖について問題視はされていたものの)同意の際の被疑事実と実際に利用された被疑事実とが異なることそれ自体は問題とされていない。こちらの立場は、適法に獲得した証拠をデータベース化して他の事件が発生した際に都度検索をかけることが適法とすれば、その逆もまた許容される、という形で説明できよう(私見としてもこちらの立場の方が妥当と考える)。

③それから、捜索“目的物”を欺罔したが、捜索“場所”については欺罔がなく、場所につき同意の範囲も超えていないという場合には、全体として同意の範囲は超えていないと

考えられる。これは、捜索目的物を密輸品と述べて金庫を捜索しボルノ写真を差し押さえた行為を有効とした Hoggard 判決から看取できることであり、対象者としては、そもそもかかる場所に対する捜索自体を拒否できたにもかかわらず、これをせずにあえて特定の場所の捜索を許可したのであるから、(捜査機関の側から特定目的物を対象から排斥する旨を積極的に述べない限りは)その範囲で見つかったものが証拠利用されることは拒めないということであろう⁹⁴⁾。

最後に、本章のまとめとして、アメリカ法のもとでの偽計による同意の判断基準を簡単な表に整理しておく(○の付いた見出しが判断基準であり、その下に－を付して記載したものが備考や詳細等である)。

91) 黙示の条件に反した場合でも同意が否定されるのであるから、明示的に条件を付した場合にはジョージア州の基準では、当然、同意捜索ができないことになる。とすれば、犯罪者としては同意の際に利用目的に制限を付すという戦略を取ることで証拠の他目的利用を防ぐことができ、同意捜索は実効性を欠くことになる。

92) このように厳格に解するジョージア州でさえ、Holmes v. State では対象者の側から範囲を設ける必要があるとしている。すなわち、同意に範囲を設けることが可能なことを捜査官側が告知する義務までは負っていないと考えている点は注目に値しよう。

93) State v. McCord 及び Wyche v. State のこと。

94) Hoggard 判決ではなく Alexander v. United States, 390 F.2d 101 (5th Cir. 1968) から導きだし検討する見解として、緑・前掲注 32)12-14 頁。

IV. アメリカ法の観点からみる日本の裁判例

最後に、上でまとめた基準をもとに、日本の裁判例を評価し直してみたい。

1 足跡痕の採取——平 28 佐賀地決

平 28 佐賀地決は、被告人の任意同行にかかる同意が問題となる。そして、被告人は相手方が警察官であることを認識しており、表向きは身分確認のための任意同行としつつその裏で足跡痕を秘密裏に採取していた事案であるから、本件は目的欺罔型に該当する。

まず、第 1 段階（同意の有効性）であるが、任意同行を求めるに際して、重大な不利益が被告人に生じる旨告げた事実はないし、職務質問の過程で任意同行を求めたから被疑事実の告知もなく、フロリダ州のような被疑事実による区別も検討の余地がない⁹⁵⁾。任意同行を求めたのも通常の間帯⁹⁶⁾であり、被告人の受け答えも正常になされているから、同意の判断能力が弱まっていたということもできない。したがって、本件の同意は有効である。

そして、第 2 段階として同意の範囲が問題となる。本件では、被告人が足跡痕の提出をかたくなに拒み任意同行も拒否していたところ、捜査機関側が説得を続けて、最終的に身分確認を行うだけだと捜査機関の側から述べて任意同行を求め、被告人がそれに応じたという経緯があった。これに鑑みれば、捜査機関の側から「身分確認のための任意同行」という積極的な範囲の指定があったと考えることができる。とすれば、当該任意同行においては身分確認以外の行為を行なった場合には、同意の範囲を超えたことになる。本件で

は、任意同行中に（身分確認以外の行為に該当する）足跡痕の採取をしているから、佐賀地決の判示同様、足跡痕につき提出を容認する同意があったとすることはできない。平 28 佐賀地決は、足跡痕にかかるプライバシー放棄はなかった旨を判示しているが、アメリカ法の観点からも、足跡痕の提出にかかる同意はなかった事案として本裁判例は整理されることになる。

以上より、足跡痕につきプライバシーの観点から要保護性が高いと考えるのであれば、足跡痕採取は強制処分たる検証に当たり、検証令状なしに行なった本件足跡痕採取は違法となる。

2 唾液の採取——平 28 東京高判

平 28 東京高判は、被告人の唾液の付着した紙コップの提出にかかる同意が問題となる。そして、本件では、①自身が警察官であることを明かさず被告人も相手が捜査機関であることを認識していなかったから、身分にかかる黙示的な偽計があったとして、この意味で身分欺罔型に該当するし、②唾液の付いたコップを廃棄する旨欺罔し、廃棄せずに唾液を採取したのだから、この意味で目的欺罔型にも該当する。よって、それぞれの観点から同意がどのように評価されるかを検討する必要がある⁹⁷⁾。

(1) 身分欺罔による同意の評価

まず、第 1 段階として同意の有効性が問題となるが、ここでは LHL 基準が妥当する。すなわち、被告人は唾液の付着したコップが相手方に渡ることを認識していたから同基準にいう「自らがその他人に自身の……証拠を開示することになるということ認識」していたといえるし、また、身分にかかる欺罔はこの他に行われていないから⁹⁸⁾、LHL 基準

95) 仮に被疑事実の告知があったとしても、窃盗の事案であり（不起訴処分や執行猶予が付されることも多く、その意味で強盗ほど重い罪というわけでもないから、Wyche v. State の反対意見に依ったとしても）スティグマによる強制力も観念できないであろう。

96) 本文中の事案紹介では言及しなかったが、本件で任意同行を求め始めた時刻は午後 5 時 30 分前頃であるとされている。この点、宮田・前掲注 7)87 頁。

97) なお、(アメリカ法の議論を参照したのかは定かでないが) 身分の欺罔と捜査目的の欺罔とは峻別して考察すべきとする見解がある。この点、吉田・前掲注 21)36 頁 (注 1)。

98) LHL 基準は身分欺罔型の基準であるから、本件のように身分欺罔かつ目的欺罔型という場合には、LHL

の適用場面に該当する。

また、第2段階として同意の範囲が問題となるが、被告人が（捜査機関が訪ねてくる）以前から保有していた唾液付きのコップを被告人の見ていない隙に勝手に持っていったというわけではなく、会話の中でお茶の入った紙コップを提供して被告人がお茶を飲んで返却したというのであるから、紙コップの返却については当該交流の範囲内であったといえよう。

したがって、身分にかかる欺罔を原因として紙コップの提出にかかる同意がなかったと評価されることはない。

(2) 目的欺罔による同意の評価

身分欺罔により紙コップ提出にかかる同意が否定されることはないにしても、目的欺罔を原因として当該同意が否定されることはあり得るので、これを以下検討する。

まず、第1段階として同意の有効性が問題となるが、重大な不利益の告知もないし、そもそも被疑事実を告げていないからフロリダ州のような被疑事実による区別の余地もない。また、同意の判断能力に影響を与えるような事情があったわけでもないから、同意の有効性が否定されることはない。

そして、第2段階として同意の範囲が問題となるが、本件では、(コップは回収するが唾液は回収しないといった、捜索目的物から唾液を除外する旨)積極的に範囲を設けたというような事情もないし、被疑事実を告げて

いないから、(ジョージア州のような厳格な立場を仮にとったとしても)利用目的とされた被疑事実と実際の利用が行われた被疑事実との違いを理由に同意の範囲を超えたという議論もできない。提出されたのは紙コップであり、唾液はそれに付着したものとして採取されているから、(そもそも捜索行為ならびに捜索場所を指定すること自体に難があるが、仮に紙コップを捜索場所として指定するとして)紙コップという捜索場所については偽っておらず、ただ採取目的物を本来は唾液であるところ紙コップそれ自体と偽っていたに過ぎず、場所の範囲を超えたと評価することもできない⁹⁹⁾。

以上から、目的欺罔を理由に同意が否定されることもないといえる。

(3) 結論

したがって、アメリカ法の観点からは、本件の紙コップの提出に際しては被告人の同意があったと評価される事案と整理されることになる。そして、被告人が同意の下で提出した紙コップは、被告人が自身の意思に基づき占有を放棄したもので「遺留した物」に当たることになり¹⁰⁰⁾、本件では適切に領置の手續が行われている以上、紙コップから唾液を採取した手續は適法である。DNA採取手續を違法とした平28東京高判は、アメリカ法の観点からは疑問の残る裁判例といわざるを得ないであろう¹⁰¹⁾。

基準の後半部分の解釈に当たっても身分欺罔にかかる事情に限定すべきである。すなわち、LHL基準は「身分に関する……欺罔がなければ同意しなかった、という事情があるだけではその同意は無効になることはない」としているところ、本件では目的欺罔の事情があるのだからLHL基準適用の基礎を欠くのではないかと、とも思われる。しかし、LHL基準が身分欺罔型における基準で目的欺罔型が射程外であることに鑑みれば、この(LHL基準適用の例外として考えられている)他の事情として目的欺罔の事情を取り込むのは適切ではない。LHL基準において、目的欺罔の事情は(目的欺罔型として別途検討する余地はあっても)そもそも基礎事情として考慮されない、と考えるべきであろう。

99) 目的欺罔型における2段階目の判断要素のうち、「場所は欺罔せず目的物は欺罔した」という場合において同意の範囲を逸脱したことにならない理由は、そもそもその範囲に捜索されたくない物が含まれていれば拒否すれば足りるところあえて同意した点に求められることは前述した通りである。これを唾液の付着した紙コップで置き換えれば、被告人は、紙コップの唾液が採取されることを懸念するのであれば、それを自身で廃棄すれば足りたところ、あえて相手方に廃棄を委ねたという点で、同意の範囲を逸脱したことにはならないと説明されよう。

100) 平28東京高判は、本件の紙コップにつき「遺留した物」には当たらない旨を判示しているが、これは領置にかかる解釈を誤ったものではないかと指摘されている。例えば、吉田・前掲注21)33-35頁。

101) 平28東京高判が偽計によるDNA獲得手續を違法とした結論については疑問があるとする見解も多い。本稿との関係では、平28東京高判がDNA採取手續につき意思の制圧があったとした部分が特に問題となる。意思の制圧があったとした結論につき反対する見解として、吉田・前掲注21)36頁、川出・前掲注3)248頁。また、前田雅英「判批」捜査研究66巻10号25頁、25頁以下(2017)も平28東京高判の基準は曖昧であるとして批判する。

3 尿の採取

尿の採取の判例は、いずれも尿の提出にかかる同意が問題となる。そして、捜査機関であることを被告人は認識しており、捜査機関が被告人から鑑定の意図を秘して尿の提出を受けたのであるから、目的欺罔型に該当する。

(1) 東京地判昭和 62 年 11 月 25 日（強制採尿令状がある旨欺罔した事案）

これについては（目的欺罔型の基準の基礎になる）Bumper 判決と実質的には同じ事案であり、同意が強制で得られたものと評価されることに争いはない。

(2) 東京高判昭和 49 年 11 月 26 日（鑑定に付されることを秘して便器内に排尿させ尿を回収した事案）

本件では、尿の入った便器が提出されており、当該尿の提出にかかる同意が問題となる。

まず、第 1 段階として同意の有効性が問題となるが、重大な不利益の告知もないし、同意の判断能力に影響を与えるような事情があったわけでもないから、同意の有効性が否定されることはない。

次に、第 2 段階として同意の範囲が問題となるが、尿の回収の際に捜査機関の側で積極的に範囲を設けたという事情はなく、（単に便器を回収しただけで、回収に際して）利用目的たる被疑事実を告げたとという事情もないから、（ジョージア州のような厳格な立場を仮にとったとしても）利用目的とされた被疑事実と実際の利用が行われた被疑事実との違いを理由に同意の範囲を超えたという議論もできない。便器の回収をただけであるから搜索行為は観念できないし、仮に便器を搜索場所と解したとしても尿は便器の内部に存在するものであるから搜索場所の逸脱があったとも評価できない。

以上より、本件は、アメリカ法の観点からは尿の提出につき同意があったと評価される事案である。東京高裁は、尿等の排泄物につ

いては排泄の瞬間に権利放棄の意思を持ってなされるのが通常である旨を適法の理由付けとして述べたが、そのような排泄の瞬間にかかる権利放棄意思を推定するという迂遠な構成をするまでもなく、尿の提出につき同意があったのだと述べれば足りた、という評価になろう。

(3) 大津地判昭和 52 年 11 月 14 日

これも(2)の東京高判昭和 49 年 11 月 26 日と同様に尿の提出にかかる同意が問題となる。

第 1 段階の同意の有効性については前掲 IV 3(2)と同様に問題がなく、第 2 段階が問題となる。地裁の認定に従えば¹⁰²⁾、本件では、尿の提出を求めた際に利用目的を防犯目的と述べて実際は覚せい剤検査に使用している。この点が、ジョージア州の裁判例からは同意の範囲の逸脱があったと評価されることになる。

したがって、ジョージア州のように同意の範囲を厳格にみる立場をとった場合には、尿の提出にかかる同意はなかったと評価されることになり、大津地裁の判断は（事実認定はさておき）同意の範囲を厳格に解した裁判例として位置付けられることになろう。

V. 基準の精緻化に向けて——残された課題

以上、アメリカ法の裁判例を紹介し、その観点から日本法を検討した。最後に残された問題点について整理して終えたい。

1 同意の範囲を超えた場合の帰結

捜査機関が相手の同意の範囲を超えて証拠を利用した場合には、どのような帰結となるのであろうか。例えば、前掲 IV 3(3)で扱った大津地判昭和 52 年 11 月 14 日では、同意の範囲は防犯目的に限定され、覚せい剤検査はその範囲外となっている。この場合に実施さ

一方で、中谷・前掲注 26) は、平 28 東京高判の事案では、偽計により被告人が全く想定していなかった行為意思を生じさせたものであり、おとり捜査における犯意誘発型に近いとして意思の制圧を認めた結論を肯定する。また、河村・前掲注 17) はプライバシー的な観点から平 28 東京高判を支持する。

102) 控訴審では地裁の認定が否定されている点は留意したい。この点、前掲注 16)。

れた覚せい剤検査は同意がなく違法になるとすれば、どのような法的構成により違法となるのであろうか。あるいは、さらに進んで捜査機関が防犯目的にも当該尿を利用した場合に、そのような防犯目的での利用は適法なのであろうか。

以下の(1)・(2)、そして、後述の2では、問題をわかりやすくするため、同意の範囲を超えた場合として、「捜査機関が、ある犯罪訴追のための目的Aに限定して証拠提出に関する同意を得たが、その後、別罪訴追のための目的Bで当該証拠を利用した」場合¹⁰³⁾を念頭に置いて考えることにする。

(1) 証拠提出の性質を分けて考える場合

同意の範囲という観点からは、「目的Aについては同意があった(から適法である)が、目的Bについては同意の範囲外(だから同意がなく違法)」と、証拠の提出行為について同意がある部分とない部分の2つの性質を観念するのが筋であろう。

しかし、この解釈には、「証拠の提出は1回の行為であるのに、そのような1つの行為を同意がある部分とない部分とに分けて観念し別扱いすることが刑事訴訟法上適当か」という問題点が存在する。例えば、別件逮捕の議論にみられるように、刑事法上は1つの処分・行為を2つの側面から捉えてそれぞれ異なる取り扱いをするということが基本的に認

められていない¹⁰⁴⁾。これに照らせば、「目的Aとの関係では同意のある提出行為だが、目的Bとの関係では同意のない提出行為」と、1つの行為を目的に応じて性質を違えて考えるためには、刑事法の体系と調和するような別途の理屈が必要となる。

(2) 証拠提出の性質を分けずに考える場合

前掲V 1(1)で挙げた問題点を克服できないとすれば、目的を限定して証拠提出がなされた場合でも、目的に依らず全体として同意があった、あるいは全体として同意がなかったと考えざるを得ないことになる。もう少し詳しくいえば、①目的Aにつき同意をして提出した以上、目的Bが同意の範囲外であるとしても提出行為全体につき同意がある、と考える立場、または、②目的Bが同意の範囲外であり、目的外利用が現に行われた以上は、当初、目的Aでの提出に同意をしていたとしても同意は全体として否定される、と考える立場のいずれかを採用せざるを得なくなる¹⁰⁵⁾。以下、それぞれの立場の帰結を考察する。

a 全体として提出行為に同意があったと考える立場

このような考えを採用する場合、提出については同意がある以上、物(証拠)の取得時点での違法性はない。そこで、実質的な¹⁰⁶⁾同意の範囲を超えた目的Bでの利用を止め

103) 例えば、血液採取の事案で、捜査対象者は飲酒運転かどうか判断するためアルコール検査をする目的(目的A)での血液提出には同意したが、その後、捜査機関が当該血液を覚せい剤使用判断のため(目的B)に利用した、という場合が典型例である。このとき、飲酒運転と覚せい剤使用の両方が訴追されいずれの事件でも当該血液(の検査結果)が証拠とされた場合に、同意の範囲を超えたことにより、当該証拠がそれぞれの事件において排除されるのが問題となる。

なお、ここでは利用目的とされた被疑事実と実際の利用被疑事実とが異なる場合(前掲表第2段階で掲げた基準)の例を採用しているが、以下、本文で述べる議論は「提出にかかる同意は有効だが、その同意の範囲を超えた場合」一般に当てはまる議論である。

104) 別件逮捕に関する議論については、別件基準説・本件基準説・実体喪失説など様々な学説が存在するが、いずれの見解も当該逮捕行為の適法性を別件と本件との関係でそれぞれ区別して論じているわけではない。あくまで一つの逮捕行為が適法か違法か、という形で議論をしている。別件逮捕にかかる議論については差し当たり、高田昭正「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」井上ほか編前掲注4)66頁以下、新関雅夫ほか『増補 令状基本問題上』211頁以下〔小林充〕(判例時報社、1996)、川出敏裕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」刑法雑誌35巻1号1頁、1頁以下(1995)参照。

105) なお、このように全体として同意の有無を考える構成それ自体は、アメリカ法の裁判例に合致するものと思われる。同意捜索においては同意の任意性(Voluntariness)が要件であり、任意性を欠いた同意は同意そのものが無効となる(言い換えれば、同意が全体として無効となる)ものとされる。本文15頁以下で紹介した同意の範囲にかかる裁判例も、捜査機関の偽計により同意の任意性が否定されるかを検討している。同意の任意性要件にかかる一般論についてはさしあたり JOSHUA DRESSLER et al., *supra* note 44, §16.03, WAYNE R. LAFAYE et al., *supra* note 41, §3.10 を参照。

るためには、まず（適法な）領置行為の後に
行われる物の利用行為、すなわち、物からの
情報取得行為を直接違法とすることが考えら
れる。しかし、領置された物からの情報取得
行為は「必要な処分」（刑訴法 222 条 1 項・
111 条 2 項）として肯定されるのが通常¹⁰⁷⁾
であるから、利用目的に応じて情報取得行為
の適法・違法を分けることは困難であるとい
わざるを得ないだろう。

b 全体として提出行為に同意がなかった と考える立場

このような考えを採用する場合、提出につ
いては同意がない以上、物（証拠）の取得時
点で「意思に反する」取得となる。とすれば、
同意の範囲を超えた目的 B での利用はもと
より、実質的には捜査対象者の意に反しない
目的 A での利用もまた許されないことにな
る。しかし、捜査対象者が当初は問題ないと
考えた目的 A での利用が、その後の目的外
利用という事情によって常に禁止されるとい
うのは違和感が残るところである。

(3) まとめ

以上、いくつかの構成を考えたが、刑訴法
上は、前掲 V 1(2)のいずれかのように提出に
かかる同意については一律に考えざるを得な
いであろう。しかし、前掲 V 1(2)a のよう
に、（実質的な意味での）捜査対象者の同意
の範囲を超えたのに利用が制限されない、あ
るいは、前掲 V 1(2)b のように実質的には捜
査対象者の同意の範囲内であるはずなのに
利用が制限されるというのは、いささか不自然
である。そこで、同意の範囲の議論とは別に、
信義則を介して証拠の利用制限を導く余地
はないか、見出しを変えて検討する。

2 信義則を介した証拠の利用制限

上で述べたように、提出にかかる同意につ

いて一律に考える立場を前提とするため、以
下では、(1)目的外利用があっても全体につ
いて同意があると考える場合に、なお実質的
な同意の範囲に反する利用を制限できるか、
(2)目的外利用があった場合には全体につ
いて同意が否定されると考える場合に、なお実
質的な同意の範囲に反しない利用を許容でき
るかについて場合分けして考える。

(1) 同意の範囲外の利用制限——捜査機 関側に信義則が働く場合とその根拠

目的外利用があっても提出にかかる同意は
全体につき存在する、という前掲 V 11(2)a
の立場を前提に、なお実質的な同意の範囲を
超えた部分について証拠の利用を制限するこ
とができるか。

同意の範囲に関わる基準は本文前掲表の第
2 段階に掲げた通りであるが、中でも「捜査
機関側から殊更に範囲を設けたか」という場
合については、捜査機関に対して信義則が働
く余地がある。つまり、捜査機関が利用の範
囲を自ら設定しておきながらそれを翻すこと
は、禁反言として信義則に反する、と考える
ことは可能であろう。この場合、提出につ
いては全体として同意が存在するものの、捜
査機関が設定した目的の範囲を超えて証拠を
利用することは（形式的な同意の範囲論とは別
に）信義則上許されず違法、という帰結にな
る。

しかし、信義則に基づく制限であるから、
単に同意の範囲を超える場合よりも厳しい要
件が課せられることになる。アメリカ法の裁
判例から「殊更に」という重い要件が導出さ
れるのも、同意の範囲を単に超えたのみなら
ず、捜査機関が不当な働きかけを行なったと
評価される場合に限って同意を無効にしたい
との評価が現れていたと考えることができよ
う¹⁰⁸⁾。

以上のように考える場合、捜査機関側とし

106) ここでいう「実質的な」とは、捜査対象者の真意に反するか、という程度の意味である。形式的に言えば、V 1(2)a の立場は、同意が全体として存在すると考える以上、同意の範囲も本来は観念できないはずである。本文では、この後も度々「実質的な」という限定を付するが、全て同様の意味である。

107) この点、大久保・前掲注 3)21 頁、河上ほか・前掲注 30)401 頁以下〔渡辺咲子〕、松本ほか・前掲注 30)225 頁以下も参照。

108) 以上のように考える場合には「捜査機関側から殊更に範囲を設けたか」という要件は、同意の範囲論の基準ではなく、それとは別の（信義則に基づく利用制限）として整理されることになる。

ては、捜査目的を曖昧にする¹⁰⁹⁾ことで、すなわち、「殊更に」範囲を限定したと評価されないように努めるほど証拠利用が制限されないことになる。裏を返せば、捜査機関側が捜査目的を曖昧にして証拠の提出を求めてきた場合には、捜査対象者の方で利用目的につき問い質す等して同意の範囲を限定し、積極的に自衛をしなければ、信義則に基づく証拠利用制限はできないことになる。曖昧な目的について一切質問することなく漫然と捜査機関に証拠物を提出する捜査対象者は保護されないことになるが、それが妥当であるかは議論の余地があろう¹¹⁰⁾。

また、前掲V 1(2)aで述べたように、領置した証拠から情報を獲得することそれ自体は「必要な処分」として許容されることとの平仄をどう合わせるかも問題である。獲得した情報を捜査で利用することは可能であり、公判での証拠利用のみが信義則で封じられる、とすれば、一応、矛盾はなくなる。しかし、なぜ信義則で制限されるのが公判における証拠利用だけであるのかについては、また別途の理屈が必要である¹¹¹⁾。

(2) 同意の範囲内の利用許容——捜査対象者側に信義則が働く場合とその根拠

一方で、目的外利用が行なわれた場合には、提出にかかる同意は全体につき否定される、という前掲V 1(2)bの立場を前提に、提出にかかる同意がない証拠についてなお実質的な同意の範囲に反しない利用を許容できるか。

この場合については、捜査対象者の側に信義則が働くとして、証拠利用を許容することが考えられる。すなわち、捜査対象者がいかなる目的で自己の権利が侵害されるかを十全に把握し提出にかかる同意をしたにもかかわらずそれを翻すのは、禁反言として信義則に反すると考えることは可能であろう。このように考える場合、提出にかかる同意はない以上、目的Aでも目的Bでも当該証拠は「意に反して」獲得された違法な証拠であるが、このうち、実質的に捜査対象者の意に反しない目的Aについては捜査対象者の側から当該証拠の提出に同意がなかったことを理由として違法収集証拠である旨の主張はできない、という帰結になる¹¹²⁾¹¹³⁾。

捜査対象者に信義則を課すためには、自己

109) ところで、そもそも捜査機関が証拠を獲得する場面において、このように捜査目的を曖昧にしてよいのかそれ自体にも議論がなくはない。例えば、個人情報保護法15条1項では、個人情報取扱事業者が利用目的をできる限り特定することを義務付けられている。同条の利用目的特定の程度としては、単に抽象的・一般的に特定することでは足りないとしてされており、これと捜査機関による情報取得場面との規律との平仄が合っていないのではないか、という議論もある。もっとも、この点は本論文の主題ではないので、ここでは問題点としての言及にとどめる。個人情報保護法における利用目的の特定については、例えば、岡村久道『個人情報保護法〔第3版〕』167頁以下(商事法務、2007)等を参照。

110) 自らが捜査法上どのような権利を保障されているかについて明るい者(例えば刑事訴訟法の研究者)が、曖昧な捜査目的を問い質すことなく漫然と提出した場合には保護されなくてもやむを得ないが、一方で捜査法上の権利に疎い者(大多数の被疑者)については、そもそも自衛できず、信義則に基づく保護が及ぶ場合がほとんどなくなるという問題がある。

111) 例えば、Reinier判決のように訴追しないかのような意図の表明があった事案であれば、(訴追に密接に関連する)証拠利用のみを制限し、(訴追には必ずしも直結しない)捜査目的での情報の取得については制限しない、とも説明できよう。もっとも、事案によってはこのような理由付けができない場合も想定される場所である。

112) この帰結は、違法収集証拠排除の根拠からも是認することができよう。すなわち、違法収集証拠排除の根拠は、判例によれば、①司法の廉潔性・無瑕性保持と②将来の違法捜査抑止の2つに求められるが、捜査対象者の実質的な同意に反していない以上は、①そのような証拠利用を許容しても司法の廉潔性・無瑕性が損なわれることはないし、②(提出につき実質的な同意がない目的外利用については、違法収集証拠として排除されるのだから)当該捜査手法を抑制する必要はない、として、証拠として許容することができる。

113) なお、このように捜査対象者に信義則を課す構成は、捜査機関の優位性を前提にその規制を考えてきた捜査法の理論と整合しないのではないかと、という疑問もある。

確かに、V 2(2)の構成は、捜査対象者に(V 2(1)の構成で捜査機関に信義則を課したのと同等に)信義則を課しており、捜査機関と捜査対象者とをあたかも同等に扱っているようにも思われる。

しかし、まずV 2(1)とV 2(2)の立場は排反の関係にあり、そのように両立させて考察することは適当ではない。そして、V 2(2)の立場を単独で検討する場合においては、捜査機関と捜査対象者とが同等の立場にあるというこ

の権利侵害の程度を利用目的との関係で十分に把握し同意したといえなければならないから、前掲V 2(1)の場合で述べたような、捜査機関が目的を曖昧にして取得したという場合には、自己の権利侵害の程度を目的との関係で捜査対象者が把握し同意していたということはできないことになる。むしろ、捜査機関の側としては、目的を明確にしておく方が（後から目的外利用をしたとしてもなお）当該目的での証拠利用については許容される点でメリットがある。

もっとも、この構成による場合には、前掲表の第2段階の基準として挙げた「捜査機関側から殊更に範囲を設けたか」という基準は修正されることになる。捜査対象者が自己の権利侵害目的を把握して同意をしたかどうかこそが問題であるから、「殊更に」捜査機関が働きかけたかという事情は関係のない事情となる。修正案としては、例えば、「捜査対象者が利用目的との関係で自身の権利侵害を十全に理解していたか」ということになる¹¹⁴。

また、目的との関係を十分に把握せずに同意した場合で、かつ、目的外利用があった場合¹¹⁵には、提出にかかる同意はなく、信義則による違法主張も封じられないという帰結になる。これを極限まで突き詰めれば、例えば、（特定の事件の捜査過程で任意提出された）DNAをデータベース化し、他の事件の捜査に用いる手法は、全て当初の提出にかか

る同意が否定されて違法となるという帰結も出てき得る。したがって、このような問題との調和の観点から、捜査対象者の側に信義則を課す場合には、信義則で違法の主張が封じられる場合はどのような場合か、すなわち、信義則の適用要件について厳密に突き詰める必要が生じよう。

(3) まとめ

以上では、信義則による解決を試みたが、前掲V 2(1)については情報取得が許容される点との兼ね合いについて、前掲V 2(2)については信義則の適用要件の画定という課題が残る。

なお、現段階の私見としては、同意の範囲については、目的外利用があった場合には同意が一律に否定されるものの、信義則上一定の場合には、捜査対象者の側から、自身の実質的な同意のあった利用目的に合致する利用については違法主張ができないという前掲V 2(2)の立場に好感を持つ。目的外利用について全体として同意を否定する立場は、アメリカ法の裁判例とも平仄が合っている¹¹⁶、実質的に同意に反しない部分の証拠利用を許容するというのも同意の実質に合致し違和感がない。また、基準の厳密化という課題については、あくまで「捜査対象者が利用目的との関係で権利侵害を十全に理解していたか」という基準のもとで裁判例の蓄積を待つのが、時代の感覚も反映できて好ましいのではないかと考える¹¹⁷。

とはできず、むしろ、全体としての同意が否定される立場をベースにしている以上、前提部分において捜査対象者側に有利なルールを採用している。

したがって、今までの捜査法の理論を前提としたとしても、なおこのような構成を採用することは可能であろう。¹¹⁴ もっとも、これは同意の範囲という第2段階の基準ではなく、信義則としての基準となる。前掲注108)も参照。

¹¹⁵ 例えば、ある警察官が捜査対象者に「我々が所管する事件の捜査のため」という曖昧な目的を告げ、実際の利用が当該警察官の管轄とは全く異なる管轄の事件について行われた場合である。

¹¹⁶ 前掲注105)。目的外利用があっても（目的外の部分さえも含めて）全体として同意があったと考えるV 2(1)の立場は、アメリカ法の裁判例には親和的ではないだろう。ただし、V 2(2)の立場を採用したとしても、「殊更に範囲を設けたか」というアメリカ法での基準が修正されることになるのは、前述した通りである。

¹¹⁷ 以上では、V 2(1)、V 2(2)の相反する立場から考察したが、結局のところ、その内実に大きな差異があるわけではない。いずれの見解も、実質的な同意があった部分については利用を許容したい、という帰結を導きたい点で差異はなく、同意の性質を全体として考えざるを得ない刑訴法の立場を前提にして、この問題をどのように解決するか、というある種説明の違いに過ぎない。

もっとも、法的構成が違う以上、それぞれの立場で別の問題が生じてしまうのは本文で検討した通りであり、私見としてV 2(2)の立場を推すのも、V 2(1)の立場では、前掲注116)で述べたようなアメリカ法との親和性が克服できないことや、情報取得が許容されることとの整合性を説明できないと考えるからである。

もつとも、これらの課題とは向き合わずに、そもそも信義則の適用を否定して同意の範囲論だけで決着する（実質的な同意の範囲は一切考えない）というのも、基準の明確な解決策の一つであろう。

VI. おわりに

以上、アメリカの同意搜索の議論を参考にしながら、偽計によって得られた同意の有効性について考察してきた。日本法のもとでは、偽計による証拠収集において、偽計により生じた意思表示の瑕疵の位置付けが若干曖昧であったが、アメリカ法の観点から同意の有効性・範囲という枠組みを導入し検討することにより、考えられる明確な議論枠組みの一つを示すことができたように思われる。

ところで、本稿では、アメリカの裁判例を様々にみてきたが、証拠獲得に際しなされる偽計には種々のものがあつた。本稿では取り上げることのできなかつた裁判例も膨大に存在する。これに比して、日本では偽計を用いた証拠収集について裁判例が少なく、(アメリカと日本の人口や地域性の違いを加味したとしてもなお)日本は偽計的捜査手法につきやや謙抑的に過ぎる嫌いがあるといつて良いだろう。しかし、(例えば目的欺罔型として)捜査機関が当該証拠を利用しようとしている被疑事実につき欺罔する程度の行為は許される余地があることは本稿で紹介した通りである。日本においても、偽計による証拠収集の議論が進み、捜査において許される偽計の程度が明確化すれば、時代の要請に即した適正・適切な捜査の範囲が拡大し、より効率的に捜査を行うことができるのではないかと考える。

* 謝辞

本稿は、筆者が2019年度に提出したリサーチペーパーに加筆・修正を加えたものです。

執筆にあたっては、両親・家族、友人、先生方から多くの暖かいサポート・ご指摘等を頂きました。特にリサーチペーパーの指導教員である成瀬剛先生には、ご多忙でいらっ

しやるにもかかわらず何度もお時間を割いていただき、外国法の指導から、論稿の構成・内容等につき、筆者の自主性を最大限尊重しつつ、非常に丁寧にご指導を賜りました。紙幅の関係上、全ての方のお名前を挙げさせていただくことは残念ながらできませんが、お世話になった皆様一人一人に心より感謝を申し上げます。

本稿にはまだ至らない点や検討不足・未検討の点が多くありますが、それは全て筆者の能力不足によるものです。それでもなお本稿にみるべきところがあれば、それは正しく望外の喜びであり、偏に周りの方々のおかげによるものです。

(よしはら・ひろし)