

—目次—

- 1 第15巻の刊行にあたって 大澤 裕

投稿論稿

---

- 3 偽計による証拠収集  
——アメリカ法の観点から—— 吉原 潤

寄稿論稿

---

- 32 少年法の適用対象年齢の引下げを巡る議論について 川出敏裕

- 51 もと「民事模擬裁判」担当教員による反省の弁と  
将来への期待 森 健二  
——在るべき民事裁判の実現に向けて——

- 
- 72 投稿論稿選出理由
-

–Contents–

1 Foreword (*in Japanese*) Yutaka OSAWA

---

3 Obtaining Evidence by Deception:  
implications from “consent searches” in America (*in Japanese*) Hiroshi  
YOSHIHARA

---

32 Lowering the Age of Adulthood in Juvenile Law (*in Japanese*) Toshihiro  
KAWAIDE

51 Reflection of a Visiting Professor Conducting Moot Court Class:  
lessons learned and how they can be leveraged to realize  
the ideal civil trial (*in Japanese*) Kenji MORI

---

72 Editor’s Comments (*in Japanese*)

---



## 第 15 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビュー第 15 巻をここに刊行することができた。本巻の刊行には、格別の感慨を覚える。

本巻の編集にあたる第 15 期編集委員会が公募による学生委員 12 名（法科大学院 3 年次生 6 名、同 2 年次生 6 名。学年は発足時）と教員委員 3 名により、例年どおり発足したのは、2019 年 12 月初めのことであった。ところが、その後、編集委員会発足当時は誰もが予想だにできなかった未曾有の事態が世界を襲った。言うまでもなくそれは、COVID-19 と命名された新型コロナウイルス感染症の大流行である。

感染症の猛威は、大学の風景も一変させた。本学法科大学院に関していえば、本年度 S セメスター（夏学期）の授業は、すべてオンライン形式での実施となった。研究室図書室を含む法学部研究室や学務を扱う研究科事務室は、4 月 7 日の政府による緊急事態宣言の発出を契機にほぼ完全に閉鎖され、その状況は 5 月末まで続いた。研究室や事務室の業務・サービスは、6 月以降、段階的に再開されたが、例えば、曜日を限って開館を始めた研究室図書室が法科大学院生にも利用可能となったのは、6 月中旬であり、同室の開館日が平日の全曜日に拡大されたのは、さらに 1 か月後のことであった。午後 5 時以降の夜間利用の再開は、教員を含め、今日まで見送られたままである。A セメスター（秋学期）の授業は、演習科目の一部が対面形式で実施されるようになったが、それ以外の科目についてはオンライン形式が維持された。

このような状況が、本巻の編集作業に少なからぬ負の影響を与えたことは、想像に難くない。実際、法科大学院学生からの投稿を締め切った 3 月中旬までの進行は例年どおりであったが、その後の編集委員による投稿の審査（査読）には、これまでにない苦労があったと聞く。とりわけ、図書室の利用が制限されたこと、加えて、5 月に予定されていた司法試験（3 月に法科大学院を修了した編集委員が受験する）の実施が 8 月まで延期されたことが大きく影響したようである。対面方式の会議ができない状況下で、編集委員各人が全身全霊を賭して審査結果をぶつけ合う編集会議の持ち方も難しかったに違いない。厳しい環境にもかかわらず、障碍を 1 つずつ克服し、例年よりも時期こそ遅れたものの、年度内の本巻刊行を実現できたことは快事であり、編集委員各人の情熱と献身によるところが大きい。この場を借りて、心から謝意を表したい。

ローレビュー第 1 巻の巻頭を飾る「創刊の辞」において、当時の高橋宏志研究科長は次のように述べている。

「専門職大学院である法科大学院が法曹としての基幹的能力を育成することを任務とすることはいうまでもないが、このことは法科大学院での法曹養成教育は、学生が既存の理論や実務に習熟できるようにすることに尽きるということの意味するものではない。むしろ、いまだ未解決であったり、これから新たに生ずるであろう社会的課題について、法曹として正面から取り組んで、解決を図っていくという創造的な能力の涵養こそが究極の法科大学院教育の目標でなければならない」。

このような本学法科大学院の教育理念・目標のもと、学生の自主的な研究やリサーチ、論文執筆を奨励する意味から、その成果を公表する場として、ローレビューは刊行されてきた。第 15 巻となる本巻には、法科大学院学生からの投稿が 7 編あり、編集委員会の厳正な審査を経て、そのうちの 1 編が掲載された。

「第 14 巻の刊行にあたって」において、「投稿件数は、本学法科大学院の教育理念・目標が学生の間で受容されている度合いを反映 [する]」と書いた。近年の投稿件数と掲載件数を見ると、第 11 巻が投稿 16 編、掲載 4 編、第 12 巻が投稿 16 編、掲載 2 編、第 13 巻が投稿 10 編、掲載 1 編、第 14 巻が投稿 14 編、掲載 3 編である。これらと比較して本巻では、投稿件数の落ち込みが気付きではある。もっとも、投稿件数を変動させる要因は様々あり得る。教員の実感として、学生のアカデミック・ワークへの関心と取り組みがそれ自体として低調化しているとは思わない。それが我田引水の希望的観測に終わらないよう、「創刊の辞」に示された本学法科大学院の教育理念・目標を再確認しつつ、そしてまた、COVID-19 の早期終息と今後の投稿件数の回復・増加を強く念じつつ、本巻を世に送り出すこととする。

東京大学法科大学院ローレビュー第15巻には、投稿締切日である2020年3月19日までに、7編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第15期編集委員会は、掲載論稿として1編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第15期編集委員会

# 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<sup>1)</sup>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<sup>2)</sup>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<sup>3)</sup>。

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する有力説<sup>4) 5)</sup>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<sup>6)</sup>。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<sup>7)</sup> (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<sup>8)</sup>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<sup>9)</sup>。

## 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<sup>10)</sup>、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続が取られ、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 採取手続を以下では「本件 DNA 採取手続」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、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<sup>11)</sup>として、本件 DNA 採取手続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 採取手続は違法とした<sup>12)</sup>。

## 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で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 採取手続につき、「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気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<sup>13)</sup>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気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な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<sup>14) 15)</sup>。

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気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気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、精神上の障害、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<sup>16)</sup>。

#### 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<sup>17)</sup>。

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<sup>18)</sup>。

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<sup>19)</sup>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<sup>20)</sup>。

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<sup>21)</sup>。

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<sup>22)</sup>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<sup>23)</sup>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<sup>24)</sup>、と考える<sup>25)</sup>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<sup>26)</sup>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するのは、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<sup>27)</sup>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<sup>28)</sup>。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<sup>29)</sup>もあることには留意したい。

## 5 アメリカ法に向けて——同意搜索の概要等

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<sup>30)</sup>、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搜索の実施、いわゆる同意搜索が認められている<sup>31)</sup>。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<sup>32)</sup>。そこで、次章では、アメリカ法の同意搜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(搜索に対する)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、搜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)、緑・後掲注 32)1 頁以下参照。

32) 緑大輔教授は、アメリカの同意搜索を論文として紹介しているが、アメリカ同意搜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、緑大輔「合衆国における同意搜索の問題」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)<sup>33</sup>、(2) *Hoffa v. United States* (1966)<sup>34</sup>、(3) *Lewis v. United States* (1966)<sup>35</sup>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<sup>36</sup>。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<sup>37</sup>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<sup>38</sup>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<sup>39</sup>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<sup>40</sup>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る、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<sup>41)</sup>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り、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<sup>42)</sup>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<sup>43)</sup> (これを以下「目的欺罔型」と呼ぶ) である<sup>44)</sup>。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<sup>45)</sup>。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<sup>46)</sup>、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)<sup>47)</sup> (「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は、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<sup>48)</sup> 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<sup>49)</sup>。

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<sup>50)</sup>。

#### 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*<sup>51)</sup> 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<sup>52)</sup>。

また、*United States v. Harrison*<sup>53)</sup> では、ATF<sup>54)</sup> 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<sup>55)</sup>。

#### 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. Commonwealth<sup>56)</sup> 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、架空の話をし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ち入りに同意し、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<sup>57)</sup>。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*<sup>58)</sup>と *Wyche v. State*<sup>59)</sup>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<sup>60)</sup>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<sup>61)</sup>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<sup>62) 63)</sup>。

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<sup>64) 65)</sup>。

## (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. Brown<sup>66)</sup>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<sup>67)</sup>。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、Lopez<sup>68)</sup>・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<sup>69)</sup> 70)。

また、*United States v. Hoggard*<sup>71)</sup>（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<sup>72)</sup>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<sup>73)</sup>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*<sup>74)</sup> (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<sup>75)</sup>、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*<sup>76)</sup>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<sup>77)</sup>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*<sup>78)</sup>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*<sup>79)</sup> 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*<sup>80)</sup> 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<sup>81)</sup>。

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（薬物反応が出てもそれを薬物「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<sup>82)</sup>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<sup>83)</sup>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<sup>84) 85)</sup>。

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<sup>86)</sup>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<sup>87)</sup>。

#### 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<sup>88)</sup>。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<sup>89)</sup>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<sup>90)</sup>。

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（警察官に入っている旨告げる行為）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<sup>91)</sup>という点で欠点がある<sup>92)</sup>。

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<sup>93)</sup>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ポ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<sup>94)</sup>。

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<sup>95)</sup>。任意同行を求めたのも通常の間帯<sup>96)</sup>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<sup>97)</sup>。

###### (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<sup>98)</sup>、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<sup>99)</sup>。

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<sup>100)</sup>、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<sup>101)</sup>。

---

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する事情もないから、（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。便器の回収をし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<sup>102)</sup>、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<sup>103)</sup>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<sup>104)</sup>。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<sup>105)</sup>。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<sup>106)</sup>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、新聞雅夫ほか『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<sup>107)</sup>  
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<sup>108)</sup>。

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<sup>109)</sup>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<sup>110)</sup>。

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<sup>111)</sup>。

## (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<sup>112)</sup><sup>113)</sup>。

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ところである。

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様に)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で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<sup>114)</sup>。

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<sup>115)</sup>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<sup>116)</sup>、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<sup>117)</sup>。

---

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。<sup>114)</sup> 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。

<sup>115)</sup> 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。

<sup>116)</sup> 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。

<sup>117)</sup> 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事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った。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）

論説

# 少年法の適用対象年齢の引下げを巡る議論について

東京大学教授

川出敏裕

- I. はじめに
- II. 議論の経緯
- III. 法制審議会少年法・刑事法部会における議論の状況
  - 1 少年法の適用対象年齢の引下げの当否
    - (1) 共通認識
    - (2) 引下げ賛成論と反対論の対立点
      - a 他の法律との関係
        - (a) 公職選挙法の改正との関係
        - (b) 民法の改正との関係
          - ・問題の所在
          - ・引下げ賛成論の内容
          - ・引下げ反対論からの批判
        - (c) 裁判員法との関係
      - b 被害者を含む国民の理解と納得
      - c 18歳・19歳の者の成熟度
      - d 年齢引下げによって生じる刑事政策的懸念への対応
    - 2 適用対象年齢を引き下げた場合の措置——新たな処分の創設
      - (1) 措置・施策全体の概要
      - (2) 新たな処分
        - a 当初案
          - (a) 基本的枠組み
          - (b) 処分の法的性格と内容
          - (c) 新たな処分に対する批判
        - b 別案
        - c 与党合意
        - d 要綱（骨子）
          - (a) 少年法の適用対象年齢の引下げ
          - (b) 手続と処分の内容
            - ・対象者
            - ・手続
            - ・処分の決定
          - (c) 刑事事件に関する特例
  - IV. 少年法改正法案
  - V. 今後の展望

## I. はじめに

法務大臣からの諮問を受けて、少年法の適用対象年齢の引下げ等について審議を続けていた法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会は、2020年9月に、要綱（骨子）を採決し、審議を終えた。翌10月には、法制審議会の総会において、上記要綱（骨子）を内容とする答申案が全会一致で議決され、直ちに法務大臣への答申がなされた。その後、答申に基づいて法務省内で法案の作成作業が進められ、2021年3月に、「少年法等の一部を改正する法律案」が、第204回国会に提出されるに至った。

少年法・刑事法部会の審議は約3年半という長期にわたり、その間、部会としての結論の方向性がなかなか定まらなかったことに加えて、審議の後半の段階で一定の方針転換がなされたことを捉えて、部会の審議は迷走し



ているとの評価もなされた<sup>1)</sup>。その評価の当否はともかく、この間、同部会においてどのような議論がなされたうえで今回の結論に至ったのかを、合意に時間を要することになった意見の対立点を含めて明らかにしておくことは、これから行われることになる法改正の意味を明らかにし、運用に対する指針を示すという観点から意義のあることであると思われる。そこで、本稿では、部会における議論を中心に、少年法の適用対象年齢の引下げに関する議論の開始から、改正法案の提出に至るまでの過程を、引下げ賛成論と反対論それぞれの主張に言及しながら振り返り、その内容を検討することにした。

## II. 議論の経緯

少年法の適用対象年齢の引下げに関する議論は、2007年5月に成立した「日本国憲法の改正手続に関する法律」が、18歳以上の者が国民投票の投票権を持つとともに、その附則において、選挙権年齢を定める公職選挙法、成年年齢を定める民法その他の法令の規定について検討し、所用の措置を講ずるものと定めたことに始まる。これを受けて、まず、2015年6月に公職選挙法が改正され、国政選挙における選挙権年齢が20歳以上から18歳以上に引き下げられた。また、民法については、既に2009年10月に、法制審議会が、成年年齢を18歳に引き下げることが適当であるとする答申を出していたが、反対論も根強かったために直ちには実現せず、その後、紆余曲折を経て、2018年6月に、その答申に沿った改正法が成立し、2022年4月1日から施行されることになっている。

このように、年齢引下げの議論は、公職選挙法や民法が先行するかたちで始まったわけであるが、上記の公職選挙法の改正の際の附則において、検討対象法令として、民法とならんで少年法が明示されたことにより、少年法も本格的な検討の俎上に載せられることと

なった。そして、それから3か月後の2015年9月という早い段階で、自民党の成年年齢に関する特命委員会が、「民法を始めとする各種法律において、我が国における『大人』と『子供』の範囲を画する基準となる年齢が満18歳に引き下げられることを踏まえ、国法上の統一性や分かりやすさといった観点から、少年法の適用対象年齢についても、満18歳未満に引き下げるのが適当である」とする提言を行った。ただし、そこでは、同時に、「罪を犯した者の社会復帰や再犯防止といった刑事政策的観点からは、満18歳以上満20歳未満の者に対する少年法の保護処分の果たしている機能にはなお大きなものがあることから、この年齢層を含む若年者のうち要保護性が認められる者に対しては保護処分に相当する措置の適用ができるような制度の在り方を検討すべきである」ともされていた<sup>2)</sup>。

このように、本提言は、少年法の適用対象年齢を単純に18歳未満に引き下げるというものではなく、これまで少年法が果たしてきた刑事政策上の役割を評価したうえで、その長所である部分を、18歳・19歳の者を含めた若年者にも拡大して適用すべきという方向性を示すものであった。この提言に先立つ2015年2月には、川崎市で中学1年生の男子生徒が少年3名によって殺害されるという事件が起きており、それを受けて、一部のマスメディアにおいて少年犯罪の厳罰化の論調が見られたほか、ネット上では少年法は不要であるといった極端な意見も少なからず示されていたことを考えると、同提言はかなり抑制された内容のものであるといえる。ただし、この段階で、自民党の委員会が、少年法の適用対象年齢を引き下げるべきとする提言を行ったことは、その後の議論を事実上拘束する効果をもったことは否定できないと思われる。

提言は、以上の内容に加えて、法務省に対して、若年者に関する刑事政策の在り方につ

1) 本庄武「新たな処分に関する『別案』の検討——『少年法適用年齢引下げ・総批判』補遺」季刊刑事弁論103号96頁、101頁(2020)。

2) 自由民主党政務調査会「成年年齢に関する提言」2頁(平成27年9月17日)。

いて全般的に見直すことも視野に入れて、刑事政策上必要な措置を講ずるための法制的検討を行うことも求めていた。これを受けて、2015年11月に、法務省内に「若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会」が設置された。

同勉強会においては、この問題は、刑事司法全般において成長過程にある若年者をいかに取り扱うべきかという大きな問題に関わるものであるという認識のもと、少年法の適用対象年齢の引下げの当否だけでなく、18歳・19歳の者を含む若年者に対する処分や処遇の在り方が広く検討された。このうち、少年法の適用対象年齢の引下げについては、勉強会の一環として行われた多方面の関係者からのヒアリングにおいても賛成と反対双方の意見が出されたこともあり、2016年12月に公表された取りまとめ報告書<sup>3)</sup>においては、両論を併記することとどめたうえで、それ以外の、若年者に対する様々な刑事政策的措置について提言を行うかたちとされている。

報告書の公表を受けて、法務大臣から、法制審議会に対して、①少年法における「少年」の年齢を18歳未満とすること、及び②非行少年を含む犯罪者に対する処遇を一層充実させるための刑事の実体法及び手続法の整備の在り方について意見を求める諮問がなされ、2017年3月から、法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会において審議が開始された。部会では、①の少年法の適用対象年齢の引下げの当否は、仮にそれを引き下げるとした場合に、18歳・19歳の者に対してその改善更生と再犯防止のためにどのような措置をとるべきなのか、あるいは、とりうるのかという点と密接に結びついているという認識から、まずは、②に関わる制度・施策の検討を先行させ、その結果を踏まえて、少年法の適用対象年齢の引下げについて検討するという順序で議論がなされた。

その後の部会の審議においては、引下げ問題については、意見の対立が激しく議論が平行線を辿ったままの状態が続いた一方で、そ

他の制度・施策については、2019年12月に、「検討のための素案（改訂版）」が作成され、細かい点ではなお異論はあったものの、概ね意見がまとまった。それを基にさらに議論を重ねたうえで作成された要綱（骨子）について、前述のとおり、2020年9月に、部会としてそれを採決するに至ったのである。

以上の経緯からわかるように、今回の改正論は、これまでの改正とは異なり、実務における内在的な要請から生じたものではなく、外部的な要因に基づくものである。加えて、その外部的要因も、例えば厳罰化や被害者保護の要請といった実質を伴ったものではなく、他の法律における対象年齢の引下げという、それ自体としては形式的な内容であった。そのため、引下げの必要性がいわば理論上のものにならざるをえず、そのことが、部会の審議が長期化したうえに、後述するとおり、最終的な取りまとめにおいて、少年法の適用対象年齢の引下げについては結論を示さないかたちとなった主たる要因であると考えられる。

### Ⅲ. 法制審議会少年法・刑事法部会における議論の状況

#### 1 少年法の適用対象年齢の引下げの当否

##### (1) 共通認識

少年法の適用対象年齢の引下げの当否を議論する前提として、これまで、18歳・19歳の年長少年を含めて、少年法のもとの手続及び保護処分に付された者に対する処遇が、非行少年の改善教育と再犯の防止のために有効に機能してきたということについては、部会のメンバーの間で意見の一致があった。それゆえ、年齢の引下げに賛成する見解も、18歳・19歳の者に少年法を適用することに実質的な不都合があるから、それらの者を適用対象から外すべきだと主張していたわけではない。引下げ賛成論の主たる根拠とされたの

3) 若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会『若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会』取りまとめ報告書（平成28年12月）。

は、公職選挙法や民法において、選挙権年齢や成年年齢が18歳に引き下げられたことである。

ここを捉えて、引下げ反対論からは、引下げには立法事実が存在しないという批判がなされたが、これに対し、賛成論からは、他の法律の改正がなされたことがいわば理論面での立法事実であるという反論があった。要は、何をもって立法事実というかについての見解の相違にほかならないから、この点は引下げの可否を検討するうえでは決め手にはならないであろう。

## (2) 引下げ賛成論と反対論の対立点<sup>4)</sup>

### a 他の法律との関係

前述のとおり、引下げ賛成論の最大の論拠は、公職選挙法や民法において、選挙権年齢や成年年齢が18歳に引き下げられたことである。もっとも、そのことがどのような意味で引下げの根拠となるのかについては、種々の考え方がありうるが、自民党の特命委員会の提言では、一般的な法律において「大人」として取り扱われることになる年齢は一致するほうが国民にとってわかりやすいという指摘がなされていた。また、区切りとなる年齢を18歳で統一することが、18歳に達した者に対して大人としての自覚を促すという観点から適切であるという意見もある。

しかし、人の成長発達過程は、生物学的にも社会的にも連続的なものであるから、年齢による線引きは、特定の目的に基づく政策的な判断にほかならない。そうである以上、何歳を年齢の区切りとするかは、それぞれの法律ないし制度が、ある年齢に達した者に対して、権利・義務を含めていかなる地位を与えようとするかによって決められるべきものである。それゆえ、少年法の適用対象年齢が、公職選挙法の選挙権年齢や民法の成年年齢と当然に連動しなければならないというものではない。ただし、その一方で、それぞれの制

度において、一定の年齢に達した者とそうでない者について異なる取扱いをする根拠に共通性がある場合には、その間の整合性をとることが求められる。他の法律との関係は、こうした観点から検討されるべき問題である。つまり、少年法は、少年が未成熟で可塑性に富むことを根拠に、犯罪を行った場合に、成人とは異なる手続により、異なる目的の処分を行うものであり、この根拠との関係で、他の法律の改正が意味を持つものなのかを、個別に検討する必要があるのである。

### (a) 公職選挙法の改正との関係

引下げ賛成論の中には、18歳以上の者が選挙権を付与され、国家の維持形成について責任を有するものとして扱われることになったにもかかわらず、他方では、それらの者を判断力が未熟で国家が健全育成に責任を持つべきものとして扱うのは整合性を欠くとして、この点を年齢引下げの根拠とする見解もある。しかし、公職選挙法において選挙権年齢が20歳以上から18歳以上に引き下げられた理由としては、若い世代がより早く選挙権を持つことで、社会の担い手であるという意識を持つことになり、それによって、主体的に政治に関わる若者を増やすといった点が挙げられている<sup>5)</sup>。選挙権年齢引下げの趣旨がこのようなものであるとすると、それは、少年法上、18歳・19歳の者を少年として扱うことと両立するものであるから、選挙権を持つことと少年法による保護の対象とすることが整合しないとはいえないであろう。それゆえ、選挙権年齢が引き下げられたことは、少年法の適用対象年齢の引下げと当然にはつながってこないと考えられる。

もっとも、これとは別に、選挙権年齢が引き下げられたことによって生じる実質的な問題を回避するために、少年法の適用対象年齢を引き下げるべきだとする意見もある。すなわち、18歳・19歳の者に選挙権が付与され、

4) 部会における引下げ賛成論と反対論からの、それぞれの論点についての意見は、法制審議会少年法・刑事法(少年年齢・犯罪者処遇関係)部会「参考資料 部会第8回会議から第23回会議までの意見要旨(年齢関係)」(令和2年2月12日)にまとめられている。以下では、これを個別に引用することはせず、それぞれの意見に対応する内容をより詳細に述べた文献等がある場合に、それを引用するかたちにする。

5) 天池恭子「選挙権年齢の18歳以上への引下げ——公職選挙法等の一部を改正する法律の成立——」立法と調査369号3頁、6頁(2015)。

これに対応して選挙運動の自由も認められたのであるが、少年法の適用対象年齢が維持された場合、これらの者が選挙犯罪に及んでも、原則として保護処分が付されて刑事責任を問われず、その結果、公民権停止や連座制の適用もないという状態が続くことになる。つまり、選挙の公正を図るための担保が不十分となりかねないという問題が解消されないままになるのであり、それは不相当ではないのかというのである。

少年法の適用対象年齢を引き下げない場合には、こうした問題が残ることは確かである。しかし、その対象となる事件が限られているうえに、現行法のもとでも、18歳・19歳の者が一定の選挙犯罪を行った場合において、その罪質が選挙の公正の確保に重大な支障を及ぼすと認められるときには、逆送決定をしなければならないとする<sup>6)</sup>などの対応がなされているから、この点は、それほど大きな意味合いを持つものではないと考えられる。

#### (b) 民法の改正との関係

##### ・問題の所在

前述のとおり、他の法律との関係は、共通の根拠を有する法制度間の整合性を保つという観点から検討することが必要である。この観点から問題となるのは、民法の成年年齢が18歳に引き下げられたこととの関係であり、この点をどう考えるかが、部会における引下げ賛成論と反対論の最大の対立点であった。

すなわち、少年法は、少年が未成熟で可塑性に富むことを根拠に、その改善教育を図るという観点から、保護原理（バターナリズム）に基づく国による後見的な介入を認めている<sup>7)</sup>。他方、民法においても、未成年者は親の監護権に服するものとされており、その点で、少年と未成年者の地位には共通性がある。それゆえ、少年法の適用対象年齢を決定するにあたっては、民法の成年年齢が18歳に引き下げられたことをどのように考えるか

が問題になってくるのである。具体的には、民法上成年となり、親の監護権に服さなくなった18歳・19歳の者を、少年法上は「少年」として扱い、保護処分の対象とすることができるのかが、少年法における介入原理が保護原理であることとの関係で問題となる。

##### ・引下げ賛成論の内容

少年法では、犯罪行為を行っていないとしても、少年に真犯事由と真犯性が認められれば、少年院送致を含む保護処分が付することができるが、また、犯罪少年について、その要保護性が認められるかぎり、犯した罪に見合った責任を超える保護処分が付することができるという理解されている。このように、犯罪行為に対応する責任を超えた権利・自由の制約が正当化される根拠については、少年は、自律的な判断能力が不十分であることから、本人の健全育成のために、国家が後見的に介入し、本人の自由を制約することも許されるとする保護原理による説明がなされてきた。

他方、民法では、未成年の子の監護・教育は一義的に親権者に委ねられており（民820条）、親権者には、未成年の子の人格形成・健全育成の全般にわたる発達を期し、保護を図る観点から、居所指定権、懲戒権、職業許可権、未成年者の法律行為に係る同意・取消権等の広範な権限が認められている。こうした親権の作用は、未成年の子の側から見れば、権利・自由に対する制約になるが、そのような制約も、自律的な判断能力が十分でない者の保護のため、それに最もふさわしいと考えられる者に認められた権限の行使として正当化される。そして、少年法がその目的として定めている「少年の健全な育成」、すなわち、少年が非行に及ばないようにすることも、民法上親権者が行うべき監護・教育の重要な内実であると考えられる。

少年法の保護原理の根拠を何に求めるかについては争いがあるが、現行少年法の制定経緯などから、それを国親（パレンス・パトリ

6) 公職選挙法等の一部を改正する法律（平成27年6月19日法律第43号）附則第5条第1項。

7) 少年法における介入の正当化根拠を侵害原理のみに求める見解もあるが（佐伯仁志「少年法の理念——保護処分と責任——」猪瀬慎一郎ほか編『少年法の新たな展開——理論、手続、処遇』35頁、41頁（有斐閣、2001））、真犯制度の存在を説明できず、立法論としてはともかく、それを現行少年法の解釈として採用することは困難であろう。



エ) 思想によって説明する見解も有力である。この考え方によれば、未成年者（少年）に対しては親権者による監護・教育がなされることを前提に、未成年者が非行に及んだことは親権者による監護・教育が全うされていないことの一個の徴表であるといえるので、少年法は、そのような場合に、罪を犯した未成年者の健全な育成を期して、国家が補充的・後見的に介入し、未成年者を保護処分につすることとして理解されることになる。つまり、少年法における保護処分は、少年が親権者の監護・教育権に服する存在であることを基本的な前提とし、そのような者に対して補充的・後見的に国家が介入するものであると考えるわけである。このような理解によれば、民法の改正により18歳・19歳の者が親権に服さないこととされた以上は、これらの者に対して、国家が少年法の保護原理に基づき保護処分を行うことは正当化できないことになる。

他方で、少年法における保護原理の根拠としては、国が親に代わって非行少年の監護・教育を行うということではなく、端的に、未成熟な少年の健全な成長という少年本人の利益を図るために、国が後見的な介入をすることを認めたものだとする考え方もありうる。この考え方に立つ場合、何歳までの者について未成熟であるとして国家の後見的な介入を認めるかは、一義的に定まるものではなく、政策的な判断になる。そして、少年の健全な成長を図るために後見的な介入を行う要請は、少年法の領域に限らず、他の法領域にも妥当するため、その政策的な判断には法制度全体を通じた整合性が求められるが、この意味での後見的な介入を認めるかどうかの判断にあたってその基本をなすのは、人の基本的な地位や権利・義務を定めた民法の領域であると考えられる。今般の民法改正において、立法者は、成年年齢を20歳から18歳に引き下げ、18歳・19歳の者については、親権に服させる必要がないものとしてその対象から外し、自律的な判断能力を有する者と位置付

ける政策的判断を行った。そうだとすると、そのような位置付けがなされた18歳・19歳の者について、一般的に、少年法の保護原理に基づき、健全な育成を図るためという理由で、国家による直接的な権力行使として、権利・自由の制約を伴う保護処分につすることができるのは、法制度全体としての整合性という観点から疑問があることになる。

#### ・引下げ反対論からの批判

以上が、民法の成年年齢の引下げと対応させて、少年法の適用対象年齢の引下げを根拠づける見解であるが、この見解に対しては、様々な観点から反論と批判がなされている。

第一は、民法の成年年齢引下げの趣旨からの反論である。すなわち、そもそも、民法の成年年齢引下げの趣旨は、18歳・19歳の者が成熟した大人として自律的な判断ができるようになったことによるものではなく、将来の国造りを担っていく若者に、早く社会に参加して社会の構成員としての役割を果たしてもらおうというものであって、その意味で、18歳・19歳の者は、未成熟でいまだ成長過程にあることが前提とされているというのである<sup>8)</sup>。

しかし、法制度全体としての整合性の観点から問題とすべきなのは、成年年齢を引き下げるにあたっての事実認識がどのようなものであったかではなく、成年年齢の引下げの結果、18歳・19歳の者が法的にどのようなものとして位置付けられたのかという点である。この観点からは、成年年齢の引下げにより、18歳・19歳の者は、単独で有効な法律行為をすることが認められ、親権者の監護教育権からも何らの留保なく完全に離脱することとされた以上、法的地位としては、20歳以上の者と全く同様に、一般的に自律的な判断能力を有するものと位置付けられたと見るほかないと思われる。

第二に、成年後見制度がそうであるように、民法上の成年者に対しても、本人の利益を図るために国家が後見的に介入し、その権

8) 日本弁護士連合会「少年法における『少年』の年齢を18歳未満とすることに反対する意見書」6頁（2018年11月21日）。

利や自由を制限することはありうるから、民法上の成年である18歳・19歳の者に対して、少年法により保護原理に基づく後見的な介入をすることも許容されるはずだという反論がある。

確かに、成年後見制度や、精神保健福祉法上の措置入院制度などがそうであるように、民法上の成年者に対しても、本人の利益を図るために国が後見的に介入することはありうる。しかし、これらの制度が対象としているのは、いずれも、個別の事例において本人の意思決定能力が不十分であると評価される場合であり、それゆえにこそ、本人の意思に関わりなく後見的な介入をすることが正当化されるのである。これに対し、犯罪を行った18歳・19歳の者が一般的に意思決定能力を欠くということではできないから、上記のような制度があることは、民法上の成年者となった18歳・19歳の者を一律に少年法の対象とする根拠とはならない。

これに対しては、上記の制度の存在とは別に、民法の成年年齢が引き下げられた後も、20歳未満の者による飲酒・喫煙や、競輪・競馬等の公営ギャンブルの禁止が維持されたことを捉えて、これらは、20歳未満の者は未成熟であるがゆえに、パターンナリズムに基づき、本人の利益のために一般的にその自由を制約するものにほかならず、そうであれば、同様に、18歳・19歳の者を少年法の適用対象として残し、後見的な介入を行うこともできるはずだとする意見もある。

しかし、まず、飲酒・喫煙についていえば、現在、20歳未満の者について飲酒・喫煙を禁止している趣旨は、それらの者が自律的な判断能力を有するか否かとは関わりなく、身体面において発達途上であることから、健康被害を防止するために、国家が後見的に介入するというものである。とりわけ飲酒の禁止に関しては、この根拠の妥当性自体について異論もありえようが、いずれにしても、それは対象者の精神的な成熟度とは別の観点からの規制であるから、18歳・19歳の者の飲酒・喫煙の禁止が維持されたことは、制度として

その年齢の者が未成熟であることを示したものとはいえない。それゆえ、その禁止は、民法の成年年齢が引き下げられ、18歳・19歳の者が一般的に自律的な判断能力を有する者と法的に位置付けられたことと両立するものである。

他方で、公営ギャンブルの禁止については、飲酒・喫煙と異なり、財産に関わるものであるので、上記のような説明はできない。ただ、国会での議論を見ると、禁止年齢を維持した理由として、ギャンブルには射幸心を醸成、助長するという弊害があるため、それを禁止することにより青少年を保護することとならんで、学校関係者からの反対が根強く存在することが指摘されている<sup>9)</sup>。これは、18歳になれば公営ギャンブルが許されるということになると、高校生も馬券等を買うことができることになり、それは教育上望ましくないという趣旨であると思われる。2005年に競馬法が改正されるまで、20歳になっても学生は馬券を買うことができなかったが、それと同じような考え方であろう。元々、ギャンブルは刑法上賭博罪として処罰されるものであり、公営ギャンブルはそれを例外的に正当化するものであるから、上記のような理由でそれを行いうる年齢を制限することも許されると思われる。

第三に、現行の少年法においても、婚姻による成年擬制（改正前の民753条）がなされた者にも少年法が適用されることや、少年院への収容継続（少院138条・139条）のように、民法上成年となった者に対して保護処分が課される場合があることから、民法上の成年年齢と少年法の成人年齢を一致させる必要性はないという指摘もなされている。

このうち、前者の婚姻による成年擬制は、夫婦の一体としての活動が婚姻当事者以外の者に阻害されて法的関係の混乱が生じるのを回避するという、本人の成熟度とは別個の観点から認められた例外であり、それによって、少年法が適用される実質的根拠が失われることにはならない。それゆえ、成年擬制がなされた者に対して少年法を適用しても、そ

9) 第196国会参議院法務委員会会議録第14号29-30頁〔小野瀬厚参考人答弁〕（平成30年6月5日）。

ここに何ら矛盾はない。

問題は、後者の少年院への収容継続であるが、保護処分は、単なる不利益処分ではなく、本人の利益を図ることをも目的とするものであるから、それを成人に課すことが論理的に認められないというものではない。そのことを前提に、少年法は、保護処分の開始時点で少年であった者が成人になった場合にそこで保護処分が打ち切られるということになると、その効果が阻害され、保護処分に付した意味が失われてしまう可能性があるため、例外的に、成人になった後にも保護処分の継続を認めたものと理解できる。この趣旨は、保護観察期間が2年に満たない場合には、成人になっても保護観察が継続できるとされていること（更生66条）にも、同様に妥当する。また、虞犯通告（更生68条）や施設送致申請（少26条の4）は、その時点で成人に達した者に対しても行うことができるが、これらの制度は実質的には保護処分の事後の変更という側面を有するものであることから、それについても同様の説明が可能であろう。いずれにしても、これらの措置は、少年の段階で保護処分が開始された事案において、上記のような根拠から認められる例外であって、これをもって、民法上の成年者を一般的に保護原理に基づく処分の対象とすることが正当化できるものではない<sup>10)</sup>。

最後に、民法の成年年齢と少年法の成人年齢が一致する必要はない根拠として、旧少年法における成人年齢は18歳であったのに対し、民法の成年年齢は20歳であって一致していなかったという点が挙げられることもある。確かに、それはそのとおりであるが、当時は成人年齢が民法の成年年齢を下回っており、今回のように、民法上の成年年齢を少年法の「少年」の上限年齢が上回ることが法制度として許容されるかという問題は生じていなかった。それゆえ、旧少年法下の成人年齢

と民法の成年年齢の関係は、今回の検討にあたって直接の参考となるものではない。

以上のとおり、民法の成年年齢が引き下げられたことから少年法の適用対象年齢の引下げを根拠づける見解に対してなされている批判については、いずれも回答が可能であると思われるが、その点において、少年法の成人年齢が民法の成年年齢を上回ることが理論的におよそ許容されないかといえ、必ずしもそうではないであろう。引下げ反対論が述べるように<sup>11)</sup>、同じく対象者の保護といっても、民法と少年法では保護の目的が異なることから、保護の対象とする年齢を独立に考えるという見解も理論的には成り立ちうる。

ただし、こうした見解に立つ場合、犯罪を行なった者について、その未成熟さを根拠に、本人の利益を図るためであるとして、その意思に反した権利や自由の制約を行うことができるのは何歳までなのかということは、立法者の判断に全面的に委ねられることになり、制度的な歯止めが効かなくなる。例えば、引下げ反対論が述べるように、脳の発達が20歳代半ばまで続くということを根拠にすれば、25歳の者を少年法の対象とし、虞犯で少年院に送致するという制度もありうるようになるが、はたしてそれが妥当なのかは疑問がある。

さらにいえば、この見解は、民法上自律的な意思決定ができると法的に位置付けられた成年者であっても、刑事法的な観点から見て意思決定能力が十分でない認められる者が犯罪を行った場合には、その利益を図るためであれば、その責任を超える権利・自由の制約ができることを認める考え方にほかならない。そうすると、その対象は、若年者にとどまらず、例えば、障害者、高齢者、薬物依存者などにも広がっていく可能性があり、それは、本人の利益を図るという名目での、際限のない国家の介入をもたらす危険がある。こ

10) 児童福祉法において、民法の改正後も、18歳以上の者について、その意思に反して施設への在所を継続したり施設に入所させたりすることができること（児福31条2項、4項）についても、これと同様の説明が可能であろう。つまり、これらも、18歳未満の段階で既に児童福祉法上の措置がなされている者について措置を継続するものであり、個別の事案に応じた例外的な措置を認めるものであって、一般的に18歳・19歳の者について意思に反した措置が実施できるというものではない。

11) 葛野尋之「少年法適用年齢引下げ提案批判」法時91巻12号79頁、82頁（2019）。

のように、少年法の成人年齢と民法の成年年齢を一致させるべきかどうかという問題は、この場面だけにとどまるものではなく、その背後にはより大きな問題が潜んでいることを意識する必要がある。

### (c) 裁判員法との関係

裁判員法では、衆議院議員の選挙権を有する者が裁判員となる資格があるとされているが（裁判員13条）、それをそのまま当てはめると、18歳・19歳の者は、少年法が適用されることにより原則として刑事裁判において裁かれることはないにもかかわらず、他方で刑事裁判において他人を裁くことができるという状況が生じることになる。それは制度として不均衡であるという理由から、現在は、当分の間、18歳・19歳の者に裁判員となる資格はあることとしつつ、その就職を禁止するというかたちでとられている<sup>12)</sup>。そこで、引下げに賛成する見解からは、18歳・19歳の者を少年法の適用対象から外すことにより、この状態を解消すべきとの主張がなされている。

これに対し、引下げ反対論からは、裁判員となる資格と選挙権を連動させること自体を見直すべきだとする意見が出されている。確かに、問題の本質はこの点にあり、現在の枠組みを所与の前提として、それとの整合性をとるために少年法の適用対象年齢を引き下げるべきだというのは、突き詰めれば、選挙権年齢が引き下げられたことにあわせて少年法の適用対象年齢を引き下げるべきだという主張にほかならない。この点をどう考えるべきかについては、前述したとおりである。

### b 被害者を含む国民の理解と納得

各種の世論調査では、引下げに賛成する意見が多数という結果が出ており、また、いくつかの被害者団体からも、引下げに賛成する意見が示されている。もっとも、これに対しては、一般の国民は、少年犯罪が増加しているとか、少年法が適用されることにより甘い処分がなされているというイメージから引下

げに賛成している場合が多いが、実際には、近年、少年犯罪は減少しており、また、今回の改正で直接に影響を受ける軽微な犯罪を行った少年については、少年法が適用されないことによりむしろ処分が軽くなるという逆の結果になるのであり、その意味で、世論調査の結果は、正確な事実認識に基づくものではないという指摘がなされている。確かに、この指摘が妥当する面があることは否定できないが、これに対しては、引下げに賛成する意見の背景には、18歳・19歳の者が、選挙権を持ち、民法上も成年として扱われるのに、罪を犯した場合に限って少年として扱われることへの違和感があるという意見もある。

いずれにしても、こうした世論調査の結果や被害者団体の意見を、法改正の議論においてそのまま考慮することは難しい。仮にそれを考慮するとしても、18歳・19歳の者を成人と全く同様に扱うということではなく、より具体的に、成人と同様に扱うことに合理性のある項目を切り出していく方向で考えるべきであると思われる。

### c 18歳・19歳の者の成熟度

引下げ反対論からは、若年者の成熟度が以前よりも低くなっていることや、脳科学の知見として、行動を制御する能力をつかさどる脳の部位の発達が20歳代半ばくらいまで続くことが明らかになっていることを根拠に、それにもかかわらず、少年法の適用対象年齢を引き下げ、保護の対象となる年齢層を現在よりも縮小するのは、科学的な知見を無視するものであって正当化できないとする批判がなされている<sup>13)</sup>。

しかし、上記の知見を前提とするとしても、現行法は、14歳以上の者には成人と同様に刑事責任を問えるとしているわけであるから、そのうえで、どの年齢層までを少年法の対象とするかは政策的に決められるべき問題である。したがって、上記の知見をもって、18歳・19歳の者を少年として扱うこと

12) 公職選挙法等の一部を改正する法律（平成27年6月19日法律第43号）附則第10条第1項。

13) 山崎俊恵「少年法適用年齢引下げと脳科学」葛野尋之ほか編著『少年法適用年齢引下げ・総批判』57頁以下（現代人文社、2020）。



が求められるとまでいうことはできないであろう。

#### d 年齢引下げによって生じる刑事政策的懸念への対応

18歳・19歳の者が単純に少年法の適用対象から外れることになった場合、一律に少年法上の手続や処分が適用されず、既存の刑事手続において処理がなされることになるため、その改善更生のための十分な措置がとれなくなる可能性がある。とりわけ、成人であれば起訴猶予や罰金で済んでしまうような、比較的軽微な犯罪を行った者、及び虞犯に当たる行為を行った者についてそれが妥当する。

この懸念に対処するため、仮に少年法の適用対象年齢を引き下げるのであれば、18歳・19歳の者、あるいはその年齢の者を含む若年成人について、現在行われている刑事手続上の措置及び刑事処分とは異なる何らかの措置を考える必要があるということは、諮問自体が前提としていたものであった。そこで、部会では、引下げの可否の議論に先立って、そのための議論が行われた。

もっとも、そうした新たな刑事政策的措置を考えると、それは成人に対する措置であるから、保護原理は適用できず、その処分には責任主義による制約がかかる。それゆえ、対象者の改善更生のために必要かつ有効であるとしても、行為責任を超える処分を課すことはできない。前述した自民党の特命委員会の提言では、18歳・19歳の者を少年法の適用対象から外したうえで、この年齢層を含む若年者に対し少年法上の保護処分に相当する措置が適用できる制度の在り方を検討すべきとされていたが、それが、文字通りに、現在の保護処分と同様の処分を、少年法の適用対象外とされた18歳・19歳の者に課すことを想定したものであるとすれば、その実現は原理的に困難である。しかし、そうすると、特に比較的軽微な犯罪を行った18歳・19歳の者については、その要保護性に対応した処分を行うことができない事例が生じるのは避けがたいことになる。そこを捉えて、部会では、少年法の適用対象年齢を引き下げた場合に生じる刑事政策的懸念を完全に解消

するような制度を設けることはできないから、引下げはすべきでないという意見が主張された。

部会での議論が、新たな刑事政策的措置を考えたいうえで、それを踏まえて、少年法の適用対象年齢の引下げの可否について検討するという順序で行われたことから、上記のような意見が出てくるのも理解できないわけではない。しかし、そもそも、部会での議論は、少年法上の保護処分と同じ効果を有する措置ができなければ引下げができないことを前提になされたわけではなく、引下げがなされた場合に成人として扱われることになる18歳・19歳の者も含めて、その改善更生と再犯防止という観点からどのような制度改正や運用の改善が必要なのかをまず検討してみるという趣旨でなされたものであった。そもそも、18歳・19歳の者を少年法の適用対象から外しておいて、それらの者に少年法上の保護処分と全く同じ内容を持った処分をすることができるはずがない。それゆえ、そのことを前提に、どのような措置が可能であり、また望ましいのかを考えていく必要がある。そこで、次に、その点に関する部会での議論を見ることにする。

## 2 適用対象年齢を引き下げた場合の措置——新たな処分の創設

### (1) 措置・施策全体の概要

部会では、18歳・19歳の者が少年法の適用対象から外れ、刑事手続で扱われることになることにより、これまでのような処遇が受けられなくなるという問題に対処するため、刑事手続において対象者の改善更生と再犯防止に資するように制度、運用を改善するという前提で、様々な措置が検討された。その中には、年齢を問わず適用されるものと、18歳・19歳の者あるいはそれを含む若年者を対象としたものがある。後者の中でも、18歳・19歳の者が少年法の適用対象から外れることに直接に対応して、18歳・19歳の者だけを対象とした措置として考えられたのが「新たな処分」である。

(2) 新たな処分<sup>14)</sup>

a 当初案

(a) 基本的枠組み

当初の案<sup>15)</sup>は、罪を犯した18歳・19歳の者のうち、起訴猶予となった者を対象として、そのすべてを家庭裁判所に送致し、家庭裁判所が、新たな処分に付すか、それとも審判不開始・不処分とするかを決定するというものであった。その際、少年法におけるのと同様の調査、鑑別が行われるほか、審判も少年審判と同様の形式とされており、手続に関しては、少年法と同様のものとなることが想定されていた。

この枠組みは、少年法の適用対象年齢が18歳未満に引き下げられ、18歳・19歳の者が成人として扱われる以上は、それらの者が犯罪を行った場合には、20歳以上の者と同様に、刑事処分を科すのが原則であるという考え方を前提としている。そのうえで、18歳・19歳の者がこれまで少年法のもとで受けていた手厚い処遇を受けられなくなることによって生じる問題をできる限り少なくするため、対象者の改善更生をより図ることができるような制度を構築するという観点から、刑事処分の内容と執行方法を改革するとともに、刑事処分を受けることがないため、そこからこぼれ落ちてしまう起訴猶予者については、新たな処分を創設し、その対象とするというかたちにしたのである。

(b) 処分の法的性格と内容

新たな処分は、少年法が適用されない成人に対する処分であるから、それを保護原理によって根拠づけることはできず、その正当化は、法益を侵害したことを介入の根拠とする

侵害原理によることになる。それゆえに、まず、新たな処分は、保護処分とはその正当化根拠を異にする異質な処分である。そして、侵害原理が根拠とされる以上、その対象となるのは、犯罪を行った者のみであって、虞犯は対象とならない。また、責任主義が適用されるから、その処分は行為責任の範囲内のみ課するという限界があることになる。この意味で、新たな処分は、行為者に対する非難を前提とした制裁であって、その点では刑罰と共通した性格を持っている。しかし、他方で、新たな処分を創設するそもそもの目的からして、それは、応報<sup>16)</sup>ではなく対象者の改善更生を目的とする点で、刑罰とは異なる<sup>17)</sup>。対象者の改善更生を目的とすることから、新たな処分は、対象者の要保護性に依拠して、その改善更生に必要な範囲で課すものとされ、この点では保護処分と共通する面がある。

(c) 新たな処分に対する批判

新たな処分に対しては、様々な批判がなされた。第一に、原理的な批判として、それが対象者の要保護性に依拠して課されるという点を捉えて、その実質は保安処分であるという批判があった。しかし、保安処分というのは、対象者が将来犯罪を行う危険性を根拠に科される処分であり、それに対して、新たな処分の根拠は、対象者が犯罪を行ったことであって、将来犯罪を行う危険性ではないから、それを保安処分だとするのは、全く的を射ていない指摘である。新たな処分が対象者の要保護性に依拠して課されることは、新たな処分の目的からくる制約なのであって、要保護性の一内容をなす犯罪的危険性が処分の正

14) 部会における「新たな処分」に関する意見は、法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会「参考資料 部会第8回会議から第23回会議までの意見要旨（制度・施策関係）」22頁以下（令和2年2月12日）及び法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会「参考資料 部会第21回会議から第24回会議までの意見要旨（『別案』関係）」（令和2年2月12日）にまとめられている。以下では、これを個別に引用することはせず、それぞれの意見に対応する内容をより詳細に述べた文献等がある場合に、それを引用するかたちにする。

15) 法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会「配布資料21 検討のための素案」24頁以下（平成30年11月28日）。

16) 部会では、応報とは、犯罪行為に対する否定的評価を示すために不利益を課するという意味で用いられていた。

17) 刑罰の目的・正当化理由については争いがあるが、部会では、通説とされる相対的応報刑論を前提に議論が進められた。

当化根拠とされているわけではない。

第二に、その手続について、調査と審判双方の在り方に対する批判がなされた。まず調査については、18歳・19歳の者は成人であって、少年法の健全育成という目的が妥当しないから、犯罪事実を認定する前の段階で、プライバシーに深く立ち入る調査をしたり、一種の処遇を行ったりすることは許されないという指摘がなされた<sup>18)</sup>。しかし、健全育成とは、少年を改善教育し、再非行を行わないようにするという意味だと理解すれば、それは、新たな処分の目的である、対象者の改善更生、再犯防止と本質的な違いはない。そうだとすれば、新たな処分を課すかどうかを決定するための手続においても、現行の少年保護手続におけるのと同様な調査ができるはずである。

これに対しては、少年保護手続における調査は、少年の利益のために行うものであり、その点で、新たな処分のための調査とは差異があるとする意見もある。しかし、調査の結果として言い渡されることになる保護処分も不利益性を有することは異論のないところである。そして、裁判所による有罪認定前に調査を行うことが問題とされるのはなぜかといえば、それは、犯罪を行ってもいないのに、プライバシーに深く関わる事項を詳細に調査するということになる、対象者に対して不必要かつ重大な権利侵害をもたらすことになるからである。そうだとすれば、少年保護手続においても、最終的に非行事実が認定できなければ、保護処分も、その前の、保護処分に付すか否かを判断するための調査も、結局根拠を欠いたものとなるから、少年の利益にはなりようがなく、少年にとっては不利益性しかない。つまり、保護処分が少年の利益を図るためのものであり、調査が少年を保護処

分に付すかどうかを決定するために行われるということは、そもそも、現在の少年保護手続における調査を正当化する理由にはならないのである。そうであれば、少年の利益を図るためのものではない新たな処分の手続においても、同様の調査が行いうるようになる。

次に、審判については、18歳・19歳の者に対する処分が保護原理によって基礎づけられず、その意味で対象者の利益を図ることを目的とするものでないとするれば、それを課す手続が、非公開で、起訴状一本主義が採用されず、伝聞法則も適用されないというのは、適正手続に反するとする指摘がなされた<sup>19)</sup>。

しかし、まず、非公開の点については、判例上、不利益処分を科す手続であれば当然に公開を要するとされているわけではない<sup>20)</sup>。そのうえで、いかなる場合に公開を要する訴訟手続（憲法82条の「裁判」）に抛らねばならないのかについては、刑事の領域においては、「刑罰権の存否ならびに範囲を定める手続」がそれに該当すると解されている<sup>21)</sup>。それによれば、新たな処分は刑罰とは異なるものであるから、それを課す手続は必ずしも公開を必要としないといえよう。

また、起訴状一本主義や伝聞法則については、上記の見解は、起訴状一本主義は憲法37条1項の「公平な裁判所の裁判」に、伝聞法則は憲法37条2項の証人審問権の保障に含まれることを前提とするものである。しかし、まず前者に関しては、判例上、憲法37条1項の「公平な裁判所の裁判」とは、構成その他において偏頗なき裁判所の裁判をいうとされており<sup>22)</sup>、そこでは、刑事手続の内容ではなく、裁判所や裁判官自体の公平さが問題とされている。また、後者については、証人審問権の保障は、自己に不利益な供

18) 淵野貴生「少年法適用年齢下げと適正手続」葛野ほか編著・前掲注13)85頁、90頁。

19) 淵野・前掲注18)89頁。

20) 最大決昭和41・12・27民集20巻10号2279頁（登記の懈怠に対して秩序罰としての過料を科す裁判について、民事上の秩序罰としての過料を科す作用は、国家のいわゆる後見的民事監督の作用であり、もともと純然たる訴訟事件としての性質の認められる刑事制裁を科す作用とは異なるから、公開を要しないとしたもの）。

21) 最大決昭和42・7・5刑集21巻6号764頁（再審を開始するか否かを定める手続は、憲法82条の「裁判の対審及び判決」に含まれないとしたもの）。

22) 最大判昭和23・5・5刑集2巻5号447頁。

述を行った者に対する反対尋問権を保障することによって担保されるのであり、少なくとも判例上は、伝聞法則自体がその保障内容であるとは考えられていない。つまり、起訴状一本主義も伝聞法則も、刑事事件においてさえ、それ自体が憲法上の要請であるとは捉えられていないということであり、そうであれば、新たな処分を課す手続でそれらが採用されていないことをもって適正手続に反するとはいえないであろう。

第三に、新たな処分の有効性について、その対象である起訴猶予となる事件が軽微な事件であることが多いことからすると、新たな処分には行為責任の範囲内という制限がかかるため、ほとんどの事例で施設収容処分はできず、それでは改善更生のための処分として有効性に欠けるとする批判があった。この指摘自体は正しいものであるが、新たな処分が成人を対象とした処分であり、保護原理が妥当しない以上、こうした制約があることは仕方のないことというほかない。

第四に、その対象について、起訴猶予になるような比較的軽微な犯罪を行った場合には、家庭裁判所で手厚い調査が行われ、必要であれば保護観察あるいは施設収容処分に付されるのに対し、それよりも重い犯罪を行い、起訴された者については、本来、より手厚い措置が必要であるにもかかわらず、調査が行われず、また、罰金や単純執行猶予となった場合は保護観察にも付されないため、手続と処分の両面において不均衡であるという批判がなされた。

これはもっともな批判であり、また、第三の批判のように、それ自体は正しくとも、理論上、それに応えることができないというものでもない。そこで、この批判を受け入れるかたちで、新たな処分について別案<sup>23)</sup>が示されることになった。

#### b 別案

別案は、従来の案と異なり、対象事件を起訴猶予となった事件に限ることなく、検察官が、18歳・19歳の者によるすべての事件（乙

案）又は一定の重大事件を除く事件（甲案）を、家庭裁判所に送致し、家庭裁判所が、調査を行ったうえで、審判不開始・不処分、新たな処分、検察官送致のいずれかの決定を行うというものである。対象事件が拡大したことに伴い、新たな処分の内容として、従前の案では争いがあった施設収容処分が明示されたほか、従来の案では想定されていなかった、家庭裁判所による検察官送致が終局決定の選択肢に加えられている。

この案は、新たな処分の対象事件・対象者を拡大したわけであるが、それにとどまらず、少年法の適用対象年齢を引き下げた場合の18歳・19歳の者の位置付けという大きな問題についても、これまでとは異なる考え方をとったものといえる。すなわち、前述のとおり、従来の案の基本的な枠組みは、少年法の適用対象年齢が18歳未満に引き下げられ、18歳・19歳の者が成人として扱われる以上は、それらの者が犯罪を行った場合には、20歳以上の者と同様に刑事処分を科するのが原則であること、そして、そこからこぼれ落ちることになる起訴猶予処分となった者については、18歳・19歳という年齢層の特殊性を考慮して、新たな処分の対象とするというものであった。

これに対して、別案において、新たな処分の対象となる事件の範囲を起訴猶予処分がなされた事件よりも広げるということは、犯罪を行った18歳・19歳の者には刑事処分を科するのが原則であるという前提を変えることを意味する。そして、全件を家庭裁判所に送致する乙案はもちろんであるが、一定の重大事件が送致の対象から除外される甲案であっても、20歳以上の者であれば起訴され、刑罰が科されることになる事件が、家庭裁判所に送致され、家庭裁判所において調査、審判を経たうえで処分の選択が行われるという点において、18歳・19歳の者については、20歳以上の者とは大きく異なる取扱いがなされることになる。

他方で、いずれの案においても、18歳・

23) 法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会「配布資料31 検討のための素案〔改訂版〕」18頁以下（令和元年12月25日）。



19歳の者については、それが少年法の適用対象から外れたことにより、虞犯が手続の対象外とされ、また、家庭裁判所による処分についても、行為責任の範囲内という制限が掛かるなどの点で、18歳未満の者とも異なる取扱いを受けることになる。

こういった点から考えると、別案に示された制度の枠組みは、18歳・19歳の者を、刑事司法制度上、20歳以上の者とも、また18歳未満の者とも異なる、それらの中間層ないし中間類型として位置付けるものにほかならないといえよう。つまり、それまでは、少年と成人の二区分という現行少年法が採用する年齢区分を前提として、少年法の適用対象年齢を20歳未満から18歳未満に引き下げるか否か、言い換えれば、18歳・19歳の者を、現行少年法上の少年と成人のいずれとするかという観点から議論が行われてきた。しかしながら、上記のとおり、18歳・19歳の者を20歳以上の者と18歳未満の者の間にある中間層と捉えれば、これらの者を少年とするか成人とするかといった議論をするのではなく、端的に、年齢区分自体を三区分とすることも考えられる。そのうえで、新たな処分の内容や手続については、18歳・19歳が20歳以上とも18歳未満とも異なる年齢区分であることを前提に、20歳以上の者と比較して典型的に未成熟で可塑性に富むという点を踏まえて、その改善更生、再犯防止のためにどのような制度にするのが望ましいのかという観点と、18歳未満の者と違って少年法の適用を受けないことにより、制度設計にあたってどのような制約が生じるのかという観点の双方を考慮して、その在り方を検討すべきであるということになる。そして、このことは、18歳・19歳の者に刑事処分を科す場合に特別な措置を講じるか否か、例えば、不定期刑や、推知報道の禁止を適用するかといった問題についても同様に妥当する。

その後の部会では、このように年齢区分を三区分とするという考え方が、多くの支持を得た。そのうえで、18歳・19歳の者が20歳以上の成人とは異なるものと位置付けられる

という点を捉えて、そうであれば、新たな処分について、侵害原理だけでなく、保護原理もその根拠の一つとして考えることができるのではないかという意見も示された。これは、具体的には、虞犯も対象になるし、また、処分について行為責任の範囲内という制限がかかることはないということの意味する。

しかし、18歳・19歳の者が中間層であるということは、それが18歳未満の者とも異なることを当然の前提としている。そして、18歳・19歳を18歳未満と異なる年齢層として区分する根拠は、民法上の成年年齢が18歳とされたことにあった。そして、それとの整合性から、18歳・19歳の者に対しては保護原理に基づいて処分を課すことはできないと考えられたわけであり、このことは、18歳・19歳を20歳以上の者と異なる年齢層と位置付けたとしても変わるものではない。つまり、上記の見解がいうように、虞犯も対象となり、行為責任による制限もないのであれば、新たな処分は保護処分と何ら変わらないのであって、処分について18歳・19歳の者を18歳未満の者と区別する意味がないのである。それゆえ、上記の見解は成り立たないというほかないと思われる。

### c 与党合意

こうした部会での議論と並行するかたちで、この問題について与党間で協議がなされ、以下のような基本的な方針が示された<sup>24)</sup>。

基本的な枠組みは、18歳・19歳の者は、20歳以上の者とも、18歳未満の者とも異なる取扱いをする必要があるという前提のもとで、それを少年法の適用対象としたうえで、その取扱いについて特別の規定を設けるというものである。特別規定としては、以下のようなものが想定されている。

- ①検察官が全件を家庭裁判所に送致し、家庭裁判所が調査のうえ、処分を決定する。
- ②原則逆送制度の対象事件を短期1年以上の懲役又は禁錮に当たる罪の事件に拡大する。

24) 与党・少年法検討PT「少年法のあり方についての与党PT合意（基本的な考え方）」(令和2年7月30日)。

③家庭裁判所の更生・教育のための処分は、犯情を考慮して相当な範囲で行うものとし、虞犯による処分は設けない。

④推知報道の禁止は、逆送されて公判請求された後は、解除される。

ここに示された特別の規定の内容は、別案のうち、より少年法の仕組みに近いかたちをとる乙案に概ね沿ったものとなっているが、18歳・19歳の者も少年法の適用対象として残すことが明言されていることが注目される。

#### d 要綱（骨子）

部会では、与党合意の存在は事実として認識しつつ、それとは独立に、別案についての議論が重ねられた。その議論を踏まえて、事務当局から、要綱（骨子）案が示され<sup>25)</sup>、これが議決されて、答申案とされることになった。その主な内容は、以下のとおりである。

##### (a) 少年法の適用対象年齢の引下げ

18歳・19歳の者の基本的な地位については、別案と同様に、18歳・19歳の者は、選挙権及び憲法改正の国民投票権を付与され、民法上も成年として位置付けられるに至った一方で、典型的に未だ十分に成熟しておらず、成長発達途上にあつて可塑性を有する存在であることからすると、刑事司法制度において、18歳未満の者とも20歳以上の者とも異なる取扱いをすべきとされている。そのうえで、少年法の適用対象年齢を引き下げるべきかどうかに関しては、18歳・19歳の者の年齢区分の在り方やその呼称については、国民意識や社会通念等を踏まえたものとするのが求められることに鑑み、今後の立法プロセスにおける検討に委ねるのが相当であるとされた。

これは、少年法の適用対象年齢を18歳未満に引き下げるかどうかについては、部会としての結論を出さないことを意味する。この点が法制審議会への諮問の柱の1つであったことに鑑みると、部会がそれに答えていないことには当然批判のありうるところである。

しかし、この問題については、部会内で意見の対立が激しく、合意を見出すことは困難であることに加えて、実際に重要なのは、犯罪を行った18歳・19歳の者をどのように取り扱うかであつて、それらの者について、18歳未満の者あるいは20歳以上の者と全く同様な取扱いをするのでないかぎり、少年法の適用対象として残すかどうかは、いわば象徴的な意味合いを持つにとどまるということもできる。こうした考え方から、部会として、この点についての結論は示さないというかたちでの取りまとめがなされたのである。

そこで、以下では、このことを前提に、要綱（骨子）において、18歳・19歳の者に対してどのような特別な取扱いをするものとされたのかを、18歳未満及び20歳以上の者と比較しつつ、手続の流れに沿って検討することにした。

##### (b) 手続と処分の内容

###### ・対象者

手続の対象者は、罪を犯した18歳・19歳の者とされ、虞犯は除外されている。これは、前述のとおり、民法の改正により、18歳・19歳の者が成年者とされた以上、それらの者については、保護原理に基づき、健全な育成を図るためという理由で、一般的に国家による介入を行うことは認められないという考え方に基づくものである。この点で、要綱（骨子）は、少年法の適用対象年齢の引下げを肯定する見解の最大の論拠を認めていることになる。この部分は、与党合意も同様であり、そこでは、18歳・19歳の者に少年法を適用するとしつつも、虞犯による処分は認めないものとされている。そのような結論をとるなら、18歳・19歳の者に少年法が適用されるか、それらの者を少年と呼ぶかは、この問題に関するかぎり、形式の問題にすぎないことになる。

###### ・手続

手続については、まず、検察官は、18歳・19歳の者の被疑事件について捜査を遂げた結果、犯罪の嫌疑があるものと思料する場合

25) 法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会「配布資料46 取りまとめ（案）」（令和2年9月9日）。

には、事件を家庭裁判所に送致しなければならないものとされ、検察官が扱う事件については全件送致主義が維持されることになった<sup>26)</sup>。

事件が家庭裁判所に送致された場合には、家庭裁判所が、18歳未満の者と同様な調査を行ったうえで、審判を開始するか否かを決定し、審判を開始した事件については、現在の少年審判とほぼ同様の手続により審理をしたうえで、検察官送致決定、不処分決定、(新たな)処分の決定のいずれかを行う。

このうち、検察官送致決定に関しては、いわゆる原則逆送制度の対象事件の範囲が、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件だけでなく、死刑又は無期若しくは短期1年以上の新自由刑に当たる罪の事件であって、その罪を犯すとき18歳又は19歳の者に係るものにも拡大された。これにより、例えば、強姦性交等罪や強盗罪が原則逆送制度の対象事件に含まれることになる。これは、選挙権を付与され、民法上の成年とされた18歳・19歳の者について、とりわけ重大事件を犯した場合に、刑事処分となる範囲が18歳未満の者と同じでは、被害者を含む国民の理解・納得を得がたいという理由によるものである。

この拡大に対しては、被害者が死亡している事件とそうでない事件では、事件の質が異なり、極めて重大な犯罪を対象とする原則逆送制度の趣旨に反するという批判や、強盗を想定すれば明らかなように、「短期1年以上の新自由刑に当たる罪の事件」には犯情の幅が極めて広い事件類型が含まれるから、それについて検察官送致を原則とすると、かなりの割合の事件が全部執行猶予となる結果、家庭裁判所におけるようなきめ細やかな教育的手当がなされず、対象者の改善更生や再犯防

止の観点から逆効果となるとする批判がある<sup>27)</sup>。

確かに、今回新たに対象とされた事件は、従前の対象事件と比べれば重大性が劣るものであるが、そもそも、何をもって原則として刑事処分を行うべき重大事件と見るかについて定まった基準があるわけではなく、それは最終的には立法者の判断に委ねられる問題である。これまでは、行為時16歳以上の者が犯した、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件がそれに当たるとされてきたわけであるが、今回は、18歳・19歳の者は、18歳未満の者と比べて、同じ行為を行った場合であっても、より刑事責任を問われるべき法的地位にあるという前提で、その対象が拡大されたということになる。

また、後者の批判については、犯情の幅が広い事件類型が含まれることはその通りであるが、原則逆送制度には例外が認められているから、犯情の幅が広いことを踏まえて、検察官送致すべきでないと判断される事件については、検察官送致ではなく、処分の決定がなされることが想定されているということになろう<sup>28)</sup>。

#### ・処分の決定

処分の決定については、基本的な枠組みとして、同処分は、犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内において行わなければならないものとされている。つまり、処分は行為責任の範囲内で行わなければならないということであり、これは、犯罪を行った18歳・19歳の者に対して、一般的に、保護原理に基づく介入を行うことはできないとする考え方によるものである。裏返していえば、それは侵害原理のみに基づくものということになるわけであり、その点で、18歳・19歳の者に対する処分は、18歳未満の者に

26) 他方で、微罪処分とされ、検察官に送致されない事件については、警察かぎりでの処理が認められることになり、この点では、18歳未満の者の事件とは異なる取扱いがされることになった。これは、微罪処分となるような軽微な犯罪については、現在の少年法の運用でも簡易送致によって処理される場合がほとんどであり、18歳・19歳の者がそうした犯罪を行った場合に、あえて家庭裁判所に送致して特別な手続をとる必要までは認められないという理由によるものである。

27) 日本弁護士連合会「少年法適用年齢に関する法制審議会答申に対する意見書」6頁(2020年11月17日)。

28) このことに関連して、要綱(骨子)では、18歳・19歳の者については、原則逆送対象事件であっても例外的に逆送決定をしない場合の判断要素として、20条2項但し書に列挙されている事由に、犯罪の「結果」を加えるものとしている。

対する保護処分とはその正当化根拠を異にする異質なものであることになる。与党合意でも、「家庭裁判所の更生・教育のための処分は、犯情を考慮して相当な範囲で行う」として同じことが述べられているから、真犯を対象とするかどうかの問題と同じく、ここでも、18歳・19歳の者に少年法が適用されるか、それらの者を少年と呼ぶかは、形式の問題にすぎないことになろう。

他方で、処分の目的は、刑罰とは異なり、応報ではなく、対象者の改善更生を図り、再犯を防止することにある。そこから、まず、犯罪事実が認められたとしても、対象者に再犯の可能性がない場合には、審判不開始決定又は不処分決定がなされることになる。この点は、保護処分と共通している。

また、処分には、①保護観察（仮称）<sup>29)</sup>、②遵守事項違反があった場合に処遇施設収容をすることができる保護観察<sup>30)</sup>、③処遇施設送致の3つがあるが、いずれの処分を選択するかは、行為責任の範囲内という制限のもとで、対象者の改善更生のためにいかなる処分が必要かという観点から決定される。

さらに、保護観察の期間は、保護観察（仮称）については6月、処遇施設収容が可能な保護観察については2年とされているが、いずれの場合も、保護観察を継続する必要がなくなったと認められるときは、保護観察所長がそれを解除するものとされている。他方、処遇施設送致については、家庭裁判所により、行為責任の上限に相当する3年以下の期間が定められ、その期間中に処分を継続する必要がなくなった場合には、対象者を退所させる仕組みを設けるものとされている。これは、施設送致処分に付される対象者の問題性は、施設内における処遇中も随時変化していくと考えられることからすると、その改善更

生のために具体的に必要な期間については、家庭裁判所が、審判の時点において、それまでに収集された資料に基づき将来を予測して決定するよりも、処遇機関が、実際の処遇中の対象者の状況等も踏まえつつ、それに応じて決定する方が、より適切な判断を行うことができるという考え方に基づくものである。

このように、実際の処分期間が審判の時点で定まるのではなく、その後の対象者の改善更生の度合いに応じて決められることになっているのは、処分の目的が対象者の改善更生を図ることにあることの帰結であり、その点では、保護処分と同様の仕組みとなっている。

### (c) 刑事事件に関する特例

現行の少年法では、少年の刑事事件についても様々な特則が置かれている。部会では、それらの特則を、中間層と位置付けられた18歳・19歳の者にも適用すべきかが議論され、要綱（骨子）では、いくつかの点で、18歳未満の者とも20歳以上の者とも異なる特別な取扱いをするものとされた。ここでは、少年法において少年の刑事事件について定められている特則のうち、要綱（骨子）において、18歳・19歳の者には適用しないとされているもの、あるいは、その適用範囲を限定しているものを取り上げる。基本的には、18歳・19歳の者が、選挙権を付与され、民法上の成年として扱われることにより、18歳未満の者とは異なる法的地位を有することになったことと、少年法に特則が置かれている趣旨の双方を考慮したうえで、その特則を適用しないという結論、あるいはその適用範囲を限定するという結論が導かれている。

第一に、不定期刑及び仮釈放に関する特則は設けないものとされた。これは、現在の不定期刑における仮釈放の運用が、不定期刑の

29) 部会において、遵守事項違反があった場合に不良措置をとりえないような処分を保護観察と呼ぶべきではないとする意見があったため、要綱（骨子）では、保護観察（仮称）とされ、その名称については、今後の立法に委ねられることになった。

30) 家庭裁判所が、保護観察を言い渡す際に、遵守事項違反があった場合に処遇施設に収容することができる期間として、行為責任の範囲内で、1年以下の期間を定めたとうえで、それを一緒に言い渡すかたちになる。この場合の施設収容は、それ自体によって対象者の問題性を解消する機能を果たすものではなく、保護観察の継続が一時困難となった者を一定期間施設に収容し、再び効果的に保護観察を継続しうる状態に至らせることを目的とするものである。収容期間の上限が、複数回の収容の可能性を前提としたうえで、1年となっているのは、そのためである。遵守事項違反があった場合の収容の手続は、現行少年法の施設送致申請の手続に準じたものとなっている。



長期を刑期とする定期刑に近いかたちでなされており、このことは、18歳・19歳の者についても同様であるため、あえて特則を設ける必要性に乏しいという理由によるものである。

第二に、換刑処分（労役場留置）の禁止の特則は設けないとされた。これは、前述のような18歳・19歳の者の法的地位に鑑みると、刑罰に処せられた場合には、その責任を果たさせることが重要であることに加え、少年に対して労役場留置の言渡しをしないこと自体についても、少年は罰金を納めなくても済むという風潮を生みかねないという問題が指摘されており、18歳・19歳の者は18歳未満の者に比べて罰金に処せられる件数をはるかに多いことから、一律に罰金の執行を十分に担保しないままの制度とするのでは、国民の理解が得られるか疑問であることを理由とするものである。

第三に、資格制限に関する特則は設けないものとされた。これも、前述のような18歳・19歳の者の法的地位に鑑みると、刑罰に処せられた場合には、それに伴う社会的な不利益も甘受すべきであり、18歳未満の者と同様に資格制限を一律に緩和・排除するような取扱いをすることが国民の理解を得られるかも疑問であるという理由によるものである。

第四に、18歳又は19歳のとき罪を犯した者については、当該罪により公判請求された場合には、推知報道の制限が適用されないものとされた。この問題については、近時のインターネットの発達に鑑みると、推知報道を認めることは、対象者の改善更生と社会復帰の妨げとなる可能性が高いとして、推知報道の禁止を維持すべきだとする意見も主張された。しかし、これに対しては、前述のような

18歳・19歳の者の法的地位に鑑みると、これらの者が一律に推知報道の禁止の対象となり続け、およそ社会一般からの関心や批判にさらされずに済むというのでは、国民や社会の理解・納得を得ることは容易でないという反論がなされた。

他方で、18歳・19歳の者による事件は、家庭裁判所に送致され、非公開で調査・審判が行われるから、本人を特定できるような報道がなされてしまうと、非公開とした趣旨が害されることも確かである。そこで、一律に推知報道を認めたり、禁止したりするのではなく、逆送後、公判請求がなされ、公開の法廷で裁判が行われる場合には、推知報道の禁止を解除するものとされたのである。

#### IV. 少年法改正法案

改正法案においては、20歳未満の者を「少年」とする現行規定（2条1項）は維持されており、結論として、少年法の適用対象年齢は引き下げないものとされている。そのうえで、18歳・19歳の者には、「特定少年」という名称が付与され<sup>31)</sup>、法制審議会の答申に沿って、以下のような特例を定めるものとしている。

第1に、特定少年の保護事件について、原則逆送の対象事件に、死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪の事件であって、犯行時18歳以上の少年に係るものを加える（改正法案62条）。

第2に、特定少年の保護事件について、真犯をその対象から除外するとともに（同65条1項）、家庭裁判所による保護処分<sup>32)</sup>は、犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内においてしなければならないものとする（同64条）。

31) それと合わせて、現行法2条において、満20歳以上の者を成人とするとしている部分は削除され、少年法上は、少年と対比される「成人」という用語はなくなった。これは、おそらく、民法の改正により18歳以上の者が成年とされたことから、それとは年齢層が異なる「成人」という用語を残しておくことと混乱が生じかねないという懸念に基づくものであろう。

32) 特定少年に対する保護処分は、①6月の保護観察所による保護観察、②2年の保護観察所による保護観察、③少年院への送致の3種類である（64条1項）。このうち、②の保護観察については、対象者に遵守事項違反があった場合に少年院への収容が可能であり、家庭裁判所は、保護観察を言い渡すのと同時に、1年以下の範囲内において犯情の軽重を考慮して、少年院に収容することができる期間を定めるものとされている（64条2項）。

第3に、特定少年については、検察官送致決定がされた後の刑事事件の特則に関する少年法の規定は、原則として適用しないものとする（同67条）。

第4に、特定少年のときに犯した罪により公訴の提起がなされた場合には、略式手続による場合を除き、推知報道の禁止に関する規定を適用しないものとする（同68条）。

改正法案の基本的な考え方は、18歳・19歳の者は、成長途上にあり、可塑性を有する存在であることから、少年法の適用対象として残す一方で、公職選挙法の改正により選挙権を持ち、また、民法の改正により成年として扱われることになったことにより、社会において、責任ある主体として積極的な役割をはたすことが期待される立場となったことから、それに応じた特別な取り扱いをすることが適当であるというものである。形式上は、少年法の適用対象として残されたため、特則がないかぎり、少年法が適用されることになったとはいえ、その実質においては、18歳・19歳の者を、18歳未満の者とも、20歳以上の者とも異なる中間層として位置づけるという答申の考え方を維持したものと見えよう。

そのうえで、改正法案は、その附則において、いわゆる5年後見直しの規定、すなわち、改正法の施行後5年を経過した場合において、本改正規定及び成年年齢を18歳以上とする民法の改正規定の施行の状況や、これらの規定の施行後の社会情勢及び国民の意識の変化等を踏まえ、罪を犯した特定少年に係る事件の手続及び処分並びにその者に対する処遇に関する制度の在り方等について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずる旨の規定を置いている。

## V. 今後の展望

改正法案の下での18歳・19歳の者（特定少年）に対する保護処分は、行為責任の範囲内で課されるものである点で、同じく保護処分という名称が付されても、現在の保護処分とは性質が異なるものであるが、それを課す

手続に着目すれば、それは、少年保護事件で行われてきたことをほぼ引き継ぐものとなっている。そして、この処分は、元々、少年法の適用対象年齢が引き下げられ、18歳・19歳の者がその対象から外れた場合の対処手段として考えられたものであるため、改正法案では、18歳・19歳の者のみがその対象とされているが、責任主義が適用されることを前提とするならば、理論上は、その対象が、少年法で少年として扱われる者に限られる理由はない。また、実際的にも、いまだ成長発達過程にあるという意味では、20歳以上の若年者にも、この処分や手続が、その改善更生と再犯防止のために有効に機能することが期待できると思われる。長いスパンで見た場合に、これからも少年人口が減少し、少年保護事件が減少していくことが予想される中で、家庭裁判所が扱う対象を20歳以上の者にまで拡大し、これまで家庭裁判所に蓄積されてきたノウハウを、犯罪を行った20歳以上の若年者の処遇に活かすことは、若年者に対する刑事法制の在り方として、一つの有力な選択肢でありうる。今回は、少年法の適用対象年齢を引き下げることが焦点であったため、そうした視点での議論はなされなかったが、今後創設される新たな制度については、その観点からも運用を検証していくことが必要であろう。

（かわいで・としひろ）

## 論説

# もと「民事模擬裁判」担当教員による 反省の弁と将来への期待

——在るべき民事裁判の実現に向けて——

司法研修所教官・前東京大学法科大学院客員教授

森 健二

- I. はじめに
- 1 本稿の狙い
  - 2 テーマ選択の動機——派遣教員の反省の弁
  - 3 本稿の概要
- II. 本学の「民事模擬裁判」の概要
- 1 シラバスの記載等
  - 2 「民事模擬裁判」の実際
    - (1) 配役決め、学生の主体性
    - (2) 教員の役割
    - (3) 事案
    - (4) 具体例
- III. 今後も継承していくべき訴訟運営
- 1 争点及び証拠整理手続と集中証拠調べの定着
    - (1) 現行民訴法の理念・制度趣旨と現在の実務の運用
    - (2) 「民事模擬裁判」の実際
    - (3) 反省の弁 1
  - 2 情報開示機能の充実
    - (1) 現行民訴法下における情報開示機能
    - (2) 「民事模擬裁判」の実際と反省の弁 2
  - 3 要件事実論
    - (1) 要件事実論の「共通言語」としての重要性
- IV. 現在の実務慣行の改善への期待
- 1 工程感の提示（納期の設定）
    - (1) 「民事模擬裁判」の実際
    - (2) 実務におけるこれまでの取組等
    - (3) 将来への期待 1
  - 2 適時適切な心証開示
    - (1) 「民事模擬裁判」の実際
    - (2) 実務におけるこれまでの取組等
    - (3) 将来への期待 2
- V. 終わりに——将来への期待
- I. はじめに
- 1 本稿の狙い
- 筆者は、裁判所からの派遣教員として、2017年度から2019年度までの3年にわたり、東京大学法科大学院（以下「本学」という）での3年次秋学期の「民事模擬裁判」を弁護士の実務家教員と共に担当した<sup>1)</sup>。その立場から、「民事模擬裁判」のカリキュラムにそって模擬裁判を進行させる法科大学院生（以下「学生」という）の様子を振り返って

1) 本学の「民事模擬裁判」は、2クラスあり、各クラス2名ずつ（合計4名）の実務家教員で担当する。筆者の相教員は、当初の2年は水野大弁護士であり、最後の1年は波田野晴朗弁護士である。両弁護士はいずれも、代理人の立場から、法科大学院生に対して的確な指導をなされ、裁判官である筆者としても学ぶことが多かった。なお、他クラスの2名の教員はいずれも弁護士である（当初の2年は、中井智子弁護士と生頼雅志弁護士で、最後の1年は水口洋介弁護士と原悦子弁護士）。

みたとき、現在の我が国の民事裁判における訴訟運営で、①今後も継承されるべきものが確実に反映されていたことと、②改めるべきものを着実に改善する潜在力があつたことに改めて気付かされた。

本稿の主眼は、この2点について、私見(提案)も交えて具体的に叙述することにより、これからの我が国の民事裁判を背負って立つ者が、法律実務家として、民事裁判をより良きものとするように努めてもらえよう、エールを送る(≒筆者の勝手な期待を開陳することにある(したがって、もとより学問的批判に耐え得る内容のものではない)。

## 2 テーマ選択の動機——派遣教員の反省の弁

なお、本来であれば、前記1のようなことは授業中に履修者(学生)に対して伝えるべき事柄であろう。しかし、当時の筆者は、学生がする、個々の訴訟指揮だとか当該事案の争点の捉え方だとかといった点に対して各論的な指摘をするに止まることが多く、少なくとも学生の意識に残るような形で本稿に述べる事柄を伝えることはできなかったように思う。この点に対する反省が、本稿執筆の動機になっている。

模擬裁判は実務教育の1つであり、実務教育では、どのような実務が行われているのかを学生に理解させることが大切である。特に民事模擬裁判は「民事訴訟の実務を多面的に一挙に理解するには有効であり、実務学修の総仕上げとしてもその効果は大きい。」<sup>2)</sup>この点は、筆者も全く同意見である<sup>3)</sup>。ところが、その教育的効果の大きさのためか、ともすれば、現行実務への馴化(同化)ともなりかねないやり方を踏襲し、それを超えて、将来に向けてメッセージを伝えることが疎かになってしまったのではないか。先に述べた反省というのは、こういったことにある。筆者のような過ちを犯す実務家教員がそれほどい

ると思えないけれども、結果として、本稿は、もと実務家教員による、実務教育というものにおいてはあまりがちな陥穽の指摘という側面も有することになったように思われる。

## 3 本稿の概要

以下、本稿の概要を述べる。

(1) 現在の民事裁判では、①争点及び証拠整理手続(特に民訴法168条以下の弁論準備手続)や集中証拠調べ(民訴法182条)を実施することが定着しており(本稿Ⅲ1)、この定着を支える土台となっているのが、②現行民訴法下で情報開示機能が充実したことと、③民事実務において法律実務家の「共通言語」である要件事実論が定着したことである(本稿Ⅲ2,3)。

この①～③を前提にカリキュラムが組まれている模擬裁判を行うことは、今後とも継承されるべき民訴法の理念・趣旨を実現するものとして意義がある。

(2) 模擬裁判では、学生の熱意のもと、既定の期日回数(コマ数)のうちに、当事者本人役や証人役からの事情聴取のほか、訴え提起から判決言渡しまでの審理等の過程を終えるところ、これは、図らずも、実務における計画的審理(民訴法147条の2)による事件と同様の進行結果となっている(本稿Ⅳ1)。また、学生の経験の乏しさから来る心もとなさはかなり残るものの、裁判官及び代理人双方の間の口頭議論も活発に行われた(本稿Ⅳ2)。

筆者は、現在の民事裁判をより利用しやすいものとするためには、代理人双方及び裁判官の三者において、設定された「納期」(三者で共有された予定審理期間)の中で最善を尽くすという発想が求められると考えている。そして、裁判官として最善を尽くすというのは、訴訟運営の点では、期日ごとに、根拠と共に明確に心証を開示することと、自ら考える「工程感」(特に裁判官による、審理

2) 清水正憲「弁護士養成と民事手続法教育」民訴雑誌60号22頁,31頁(2014)。

3) 主に大学法学部生向けに民事模擬裁判の効用を説く文献として、小島武司ほか編『民事模擬裁判のすすめ』(有斐閣,1998)がある。また、法科大学院における民事模擬裁判の授業の実践例として、遠山信一郎「民事模擬裁判—五感をフルに活用する能力開発型授業—」中央ロー・ジャーナル13巻2号173頁(2016)がある。



終結までの予測期間)を手続の初期段階で提示することであると考えている。こうすることにより、代理人双方を巻き込んだ口頭議論が促され、その相互作用の結果として、更なる心証形成とその開示が進み、可及的に、迅速で誤りの少ない紛争解決につながる(右イメージ図)。

(3) 民事裁判実務に新たに加わることになる者(新規参加者となる学生)には、これまでの実務の運用の良い面を継承するための「弛まぬ努力」と、悪い面を改善していくための「一步踏み出す勇気」の2つが求められるところ、模擬裁判での学生のパフォーマンスからすれば、このいずれについても、期待することができる(本稿V)。

## II. 本学の「民事模擬裁判」の概要

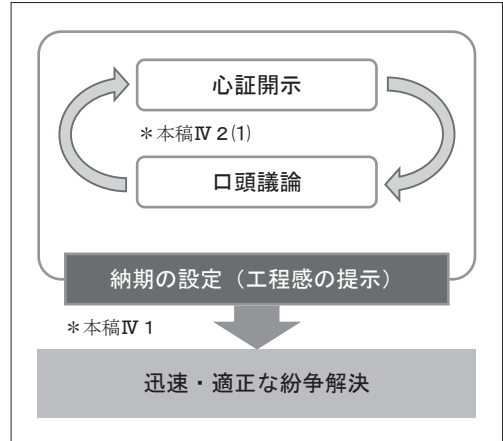
まず、本学の「民事模擬裁判」が何を目的とした科目であり、実際にどのようなことが行われるのか、概観したい。

### 1 シラバスの記載等

例えば、2019年度のシラバスでは、「民事模擬裁判」の目的は、「民事一審手続における法律文書の作成や法廷の場における当事者や裁判所の訴訟行為等を実際に体験することにより、法廷実務における法曹の活動について、具体的なイメージをつかみ、よりの確に理解することを目指す」ものとされている。

カリキュラムの進行としては、秋学期開始直後の9月下旬から12月下旬までの約3か月間に原則として週1回行われ、全13回のコマ(授業)で構成されている。例年、各コマで誰が何を行うかが定められており、概ね次のような順序となる(ゴシック体で記載したコマが口頭弁論期日)。

- コマ① 配役決め(裁判官, 原告本人, 原告代理人, 被告本人, 被告代理人, 証人), オリエンテーション
- コマ② 原告側事情聴取, 訴状提出
- コマ③ 被告側事情聴取, 答弁書等提出
- コマ④ 第1回口頭弁論期日(争点・証拠



の整理)

- コマ⑤ 原告側事情聴取, 原告準備書面・陳述書・人証申出書提出
  - コマ⑥ 第2回口頭弁論期日(争点・証拠の整理)
  - コマ⑦ 被告側事情聴取, 被告準備書面・陳述書・人証申出書提出
  - コマ⑧ 第3回口頭弁論期日(争点・証拠の整理・人証の採否決定)
  - コマ⑨ 第4回口頭弁論期日(交互尋問)
  - コマ⑩ 尋問準備(原告代理人, 被告代理人, 人証2名), 想定尋問事項提出
  - コマ⑪ 第5回口頭弁論期日(交互尋問)
  - コマ⑫ 裁判所の合議(裁判官), 判決書提出
  - コマ⑬ 第6回口頭弁論期日(判決言渡し)
- コマ④⑥⑧の口頭弁論期日が争点及び証拠整理に費やす期日で、コマ⑨⑩が証拠調べ(人証)、コマ⑬が判決言渡しとなる。本学の「民事模擬裁判」では、カリキュラムが法廷教室で行われるという物的要因のため、争点及び証拠の整理も口頭弁論期日で行い、民訴法上の争点及び証拠整理手続には付さない扱いとなっている。

### 2 「民事模擬裁判」の実際

#### (1) 配役決め, 学生の主体性

教員は、初回授業で配役が決まると、当事者本人役及び証人役の学生にのみ事件情報を渡し、弁護士代理人役及び裁判官役の学生に

は渡さない。代理人役の学生は、当事者本人役や証人役の学生に事情聴取することで事案を把握する。もちろん、裁判官役の学生は、代理人役の学生が作成した訴状や答弁書等の書面及び提出証拠を通じて事案を把握することになる。

## (2) 教員的作用

教員は、学生のパフォーマンスについて事後的に講評するほか、折々に、訴訟指揮の例や尋問の例等に関する簡単なメモを配布して民事裁判実務の概括的な説明をしたり、模擬裁判上のルールに関する質問に対応したりする。しかし、それ以上に、訴状や判決書等の書式を含め、書面作成や事案の中身の検討について、学生から質問があってもその場で対応したりせず（事後の講評で対応する）、基本的には学生の自主的な検討に委ねている。

## (3) 事案

「民事模擬裁判」で扱う事案は複数用意されており、同科目を担当する4名の実務家教員の協議により、年度により扱う事案が異なるようにしている。

例えば、原告が被告に対して契約の履行を求める事案で、当該契約締結の成否が主要な争点となり、表見代理（民法110条）や使用者責任（民法715条）の成否も問題となるものなどで、学生が実体法上の論点としてはよく勉強していても<sup>4)</sup>、判断枠組みや実際の当てはめについては、学生が主体的に検討しなければならないものとなっている。裁判官としての筆者の経験に照らすと、事案としては、地裁第一審のいわゆる単独事件（裁判所法26条1項参照）を持ち始めたばかりの裁判官にはやや荷が重く、和解にせよ判決にせよ最終解決まで一人でやり遂げられれば、裁判官としての力が付いたことを実感できるような、なかなか骨のあるものであったように思う。

## (4) 具体例

学生は、このような骨のある事案について、3度の口頭弁論でまがりなりにも主張

整理を終え、2～4人の人証調べを2期日で行った上、その2週間後には判決言渡しまで終わらせるが、訴状や準備書面もそれなりの完成度のもが提出され、総じて、1つの民事裁判として十分見るに耐えられるものとなる<sup>5)</sup>。本学の学生の能力の高さも大いに影響していると思うが、ほとんどの学生が「比較的楽な科目だと聞いたので履修したのに嘘でした。期日（コマ）間の準備が大変でした。」と感想を漏らしていたとおり、その能力の高さ以上に、限られた期限の中で一定のクオリティに仕上げようという学生の熱意があつてこそその結果であつたと思われる。

その熱意の表れを示すエピソードの1つとして、カリキュラム上の既定の進行にはなく教員から指示することもなかったが、裁判官役の学生が自発的に、双方代理人役の学生に対して、メールやラインを使った期日外釈明（民訴法149条、民訴規則63条）を実践し、代理人役の学生らもこれに対応することで、期日間準備を充実させたことが挙げられる。

## Ⅲ. 今後も継承していくべき訴訟運営

「民事模擬裁判」のカリキュラムは、現行民訴法の理念に基づき実務上既に定着している運用等を前提に組まれているが、教育的観点からは、学生が当然のように履践していた訴訟運営に通底する民訴法上の重要な理念・制度趣旨について、もっと明確に説明すべきであった。①争点及び証拠整理手続と集中証拠調べの定着、②情報開示の充実、③要件事実論の定着の3点についてである。

4) 例えば、民法110条と民法715条との関係については、学生の使用する代表的な教科書の1つである内田貴『民法Ⅱ（第2版）』461-463頁（東京大学出版会、2007）にも触れられている。

5) このことは、法科大学院教育の意義ないし成果として、特筆すべき事実であるように思う。

## 1 争点及び証拠整理手続と集中証拠調べの定着

### (1) 現行民訴法の理念・制度趣旨と現在の実務の運用

平成10年(1998年)1月1日に施行された現行民訴法は、審理の過程を、口頭弁論期日における早期の事件の振分け、争いのある事件についての争点整理、争点に絞った集中的証拠調べという3段階に区分した上で、争点中心型の審理を行うことを想定しており、2003年当時既に、このような争点中心型の審理方法は民事裁判実務においてほぼ定着したとされた<sup>6)</sup>。

その後、曲折はあるものの、地方裁判所における民事第一審訴訟事件の状況を統計で見ると、平成30年時点で、過払金事件を除く事件での争点及び証拠の整理手続の実施率は45.1%であり、また、人証調べのされた事件のうち88.5%が1回の期日で人証調べが終了されている<sup>7)</sup>。集中証拠調べについては、統計的にも「ほとんどの事件で(中略)実践されていることは明らか<sup>8)</sup>」であり、実務に定着していることは疑いない<sup>9)</sup>。争点及び証拠の整理手続についても、統計的には、集中証拠調べほどではないものの、訴え取下げないし被告欠席のために初回の口頭弁論期日までに終了する事件や口頭弁論で争点整理をする事件が相当数あることを考えれば、その実施自体は定着している(その内実とはもかく、後記IV参照)と言ってよい。

争点整理段階では、要件事実(主要事実)だけではなく、間接事実や事情<sup>10)</sup>についても、当該事件の紛争の実態を解明するのに役立つ事実を早期にできる限り明らかにすることによって、裁判所と当事者双方とが、その

後の証拠調べにより証明すべき事実(争点)について共通認識を持つとともに、争点を証明するのに必要かつ適切な証拠(人証)を整理することが求められている。そうして初めて、争点整理が終われば直ちに集中証拠調べを実施すること(民訴法182条、民訴規則100条、101条)が可能となる。

このように、現行民訴法が、迅速かつ適正な審理の実現を志向していることは明らかである。

### (2) 「民事模擬裁判」の実際

初回授業(コマ①、本稿II1)では、履修した学生の配役決めをするほか、教員から、学生に対し、民事裁判が現行の民訴法の規律に基づく争点中心型審理を前提としたものであることを説明するようにしている。初回授業の後、模擬裁判が学生の手によって既定の進行順序にそって進められるのは、前記II2のとおりである。

しかし、初回授業で教員がするような訴訟運営の総論的な説明は、理念的なもので必ずしも理論的なものともいえないためか、実際に裁判を体験したことの無い学生にとっては、初回授業での説明内容に特に疑問を持つこともないが、さりとて実感も持たず、ただ聞くに任せている印象を受けるのが常である。

### (3) 反省の弁1

#### a 抽象論と具体論との結び付きについて

「民事模擬裁判」の目的が、争いのある事件では的確な集中証拠調べに向けて手続を進行させることについて学生に具体的にイメージさせることにあるのは、前記II1のシラバスの記載のとおりであり、更に言えば、そのイメージを民事実体法や民事手続法の学修にも活かすことにある。したがって、学生に民事裁判のイメージを銘記させなければならない

6) 佐々木茂美編著『最新民事訴訟運営の実務』4-5頁(新日本法規, 2003)。

7) 最高裁判所事務総局「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書」(以下「迅速化報告書」という。)26頁, 29頁。(令和元年7月19日)([https://www.courts.go.jp/toukei\\_siryou/siryu/hokoku\\_08\\_hokokusyo/index.html](https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryu/hokoku_08_hokokusyo/index.html), 2020年11月30日最終閲覧)。

8) 最高裁事務総局・前掲注7)29頁。

9) 村田渉「現行民事訴訟法施行20年を経たの民事訴訟の到達点とその課題」民訴雑誌66号59頁, 71頁(2020)参照。

10) 「事情」については、賀集唱「民事裁判における訴訟指揮一とくに運用上の具体的方策」曹時24巻4号1頁, 11頁(1972)のほか、最判昭和41年6月3日判タ195号73頁参照。

い。しかも、実務の現状を迫認するようなものではなく、将来のより良き裁判の実現を目指したものである必要がある。

そうであれば、教員としては、最終回の授業においても、「3か月にわたって皆さん（学生）が行ってきた今回の『裁判』こそが、まさに『争点中心型審理』と呼ぶのにふさわしいものであった」ことを改めて強調し<sup>11)</sup>、初回授業の抽象論（法の理念の説明）とその後に行なわれてきた具体論（実際の模擬裁判）とを学生が頭の中でしっかり結び付けるように努めるべきであった<sup>12)</sup>。また、例えば、簡単にでもよいから、現行民訴法が施行されるより前の訴訟運営<sup>13)</sup>といった「アンチテーゼ」にも言及するなど、ちょっとした説明の工夫を凝らすべきであったようにも思う。現行法下での訴訟運営は法律実務家の弛まぬ努力の結果として受け継がれてきたものであって、これが必ずしも当然のものではないことについて学生の理解を促す（法律実務家となる以上は、自分たちもそれを受け継いでいく責務があることを自覚させる）ことができると思われるからである。

#### b 争点及び証拠整理手続と集中証拠調べの定着を支えるものについて

現在の民事裁判で、争点及び証拠整理手続及びその後の集中証拠調べを行うことが定着している背景には、①代理人双方及び裁判官の三者が協働して、早期の情報開示を促進する各制度の趣旨・目的に沿った手続進行に努めていること、②裁判官と弁護士との間では、民事裁判での争点整理は要件事実的分析なくして行うことができないとの意識が共有されていることの2点があると思われる。そうであれば、学生には、迅速で的確な争点及

び証拠の整理を実現するための、この2つの土台の重要性についても、より深い理解を促すべきであったように思う。

この2点については、次項以降でさらに見ていくこととする。

## 2 情報開示機能の充実<sup>14)</sup>

### (1) 現行民訴法下における情報開示機能

#### a 情報開示に関する制度・運用

民事訴訟の理念である適正かつ迅速な審理を実現するためには、当事者双方及び裁判所の三者が、訴訟開始後の早い段階で事件に関する情報を豊富に有していることが望ましいし、争点及び証拠整理手続も、事件の見立てや証拠の所在に関する情報を三者が共有することで、より効果的に実施できる<sup>15)</sup>。

田原睦夫弁護士（当時）は、現行民訴法下における情報開示制度及び情報開示のために機能している制度ないし運用として、①訴状・答弁書・準備書面の記載事項（民訴規則53条1項、79条3項、80条、81条）、②引用書面の提出請求（民訴規則82条1項）、③求問権・求釈明（民訴法149条1項、3項）、④当事者照会（民訴法163条）、⑤文書リストの開示（民訴法222条）、⑥証拠説明書（民訴規則137条）、⑦尋問事項書（民訴規則107条2項）、⑧陳述書の8つを挙げている。例えば、①についてはこういうことである。訴状には、請求の趣旨及び請求の原因のほか、請求を理由づける事実についても具体的に記載しなければならず、また、重要な間接事実及び関連証拠も記載しなければならない（民訴規則53条1項）、証拠となるべき文書の写しで重要なものを訴状に添付しなけれ

11) ただし、教育的効果を上げる観点から、「民事模擬裁判」では、実務では1度の期日で終えることの多い集中証拠調べについて、原告申出の人証と被告申出の人証を別の期日（2期日）を使って行っている（本文Ⅱ1参照）。

12) 法学の勉強での「抽象と具体」の循環・相互補強の重要性を説くものとして、例えば、高橋宏志『民事訴訟法概論』12頁（有斐閣、2016年）、我妻榮（遠藤浩＝川井健補訂）『民法案内（第2版）』32頁（勁草書房、2013）〔初出1967〕。

13) 現行民訴法施行前の民事裁判の実務の状況については、例えば、三木浩一ほか『民事訴訟法（第3版）』183頁〔三木浩一〕（有斐閣、2018）、福田剛久『民事訴訟の現在位置』239-243頁（日本評論社、2017）参照。

14) 田原睦夫「証拠（情報）の開示制度」鈴木正裕古稀『民事訴訟法の史的展開』499頁（有斐閣、2002）参照。

15) 伊東俊明「主張過程における当事者の情報提供義務についての一考察」民訴雑誌56号190頁（2010）は、現行法の予定する「審理方式に則って、適正かつ迅速な裁判が実現されるためには、証拠調べの前提である主張過程において、事件に関する情報が、当事者によって積極的に提出される必要がある」とする。



ばならない（民訴規則 55 条）。答弁書についても、訴状と同様の規律となっている（民訴規則 80 条）。

#### b 運用の評価

田原弁護士は、「情報開示制度は、証拠開示を含む強力な証拠収集制度が背後に存する場合に十分に機能することが想定される。しかし、当事者が早期の紛争解決を目指し、そのための争点整理の充実のために、自立的に積極的な情報開示を行うならば、それは私的自治を基本とする民事紛争の解決形態として最も望ましい形態である」とした上で、新法（現行民訴法）の下で充実しつつある我が国の情報開示制度は「証拠開示機能を有する諸制度との間での連繋性は極めて乏しいにもかかわらず、実務的には機能する方向に向かいつつあると評価できる状態にあるといえ、その意味で、現時点では新民事訴訟法の理念が少しずつ定着しつつあるといえる」<sup>16)</sup>と評価した。

この評価は、現行民訴法の施行後間もない時期のものであるが、それから 20 年近くが経過した現在、法律実務家としての筆者の経験・感覚からは、証拠説明書（上記⑥）、尋問事項書（同⑦）及び証拠調べ前の陳述書（同⑧）の提出はかなり定着していると言ってよい<sup>17)</sup>。筆者としては、上記 8 つのうち最も基本的かつ重要なものと思われる、訴状等の記載（同①）についても、個々のケースによってなお差はあるものの、さすがにいわゆる「骨格ばかりで血肉を欠く訴状」<sup>18)</sup>を裁判実務で見た経験はなく、総じて法規の趣旨にかなった記載がされている（また、訴状の記載がそのようなものであれば、訴状に対する応答書面である答弁書も、相応の情報が盛り込

まれることが多くなる）と受け止めている。その限りでは、三者が「訴訟の促進・争点整理の充実のために熱意をもって取り組んでいるから、情報開示機能を果たす諸制度も利用されているが、その熱意が時間の経過と共に冷めれば、結局機能しなくなり、元の木阿弥になるのではないかとの懸念もあり得る」<sup>19)</sup>としていた田原弁護士の懸念は、上記の情報開示制度に関する限りは、現実のものとならずに済んでいると言ってよいように思う<sup>20)</sup>。

#### (2) 「民事模擬裁判」の実際と反省の弁 2

「民事模擬裁判」では、予定された進行順序（本稿Ⅱ 1）からも分かる通り、人証予定の者の陳述書や人証申出書、尋問事項書を起案して提出する。請求を基礎づける請求原因事実のみの記載に止まるような訴状や、訴状の記載に正面から応答せずに「追って主張する。」との記載を多用するような答弁書は、筆者の担当した 3 年で 1 度も提出されることはなく、いずれについても紛争の実情も含めた記載となることが多かった。相手方の主張に対する認否については、答弁書で、訴状記載のほとんど全ての請求原因事実を否認する（したがって、否認の理由が明らかにされていないものも必然的に伴う）ことは見受けられたが、講評で教員が「相手方の主張する事実を否認する場合には、その理由を記載しなければならない」とする民訴規則 79 条 3 項に照らして不相当な認否であると指摘することで、学生により以後作成される準備書面では、否認する場合にはその理由が具体的に記載されるものとなった。

以上のような「民事模擬裁判」での学生のパフォーマンスは、学生が法律実務家になった後も、法の趣旨・目的に照らして継承され

16) 田原・前掲注 14)519 頁。

17) このうち陳述書の定着については、須藤典明「実務からみた新民事訴訟法 10 年と今後の課題」民訴雑誌 55 号 94 頁、117 頁（2009）参照。なお、当事者照会（本文④）については、期待に沿うものにはなっていないとの評価が一般的である（村田・前掲注 9)71 頁、大坪和敏「弁護士からみた審理の充実と促進」論究ジュリ 24 号 20 頁、22 頁（2018）参照）。

18) 中野貞一郎「要件事実の主張責任と証明責任」法教 282 号 34 頁、35 頁（2004）。

19) 田原・前掲注 14)520 頁。

20) 民事裁判では、期日における代理人双方と裁判官との間の議論を通じて各当事者が具体的に主張立証すべきことが明らかとなるようになってくる面が本質的に備わっている以上（本文Ⅳ 2(3) b(c)参照）、訴状、答弁書その他の準備書面に記載する内容について、詳細なものを求めすぎると、かえって進行の停滞を招くことが懸念されるように思われる。

るべき実務の運用であることは明らかであるが、なぜ訴状等に重要な間接事実を記載することが求められているのか、主張や証拠を後出しして相手の出方を待つ方が訴訟戦略として有利に働くことがあるものなのか、尋問を行うのになぜその前に陳述書を提出する必要があるのか<sup>21)</sup>などといったことについて、学生の腑に落ちる説明をすべきであったと反省している。

### 3 要件事実論

#### (1) 要件事実論の「共通言語」としての重要性

充実した争点整理・証拠調べを行うためには、原告の主張及び被告の主張に必要な要件事実が過不足なく主張証明されているかを吟味するという要件事実的分析手法を欠かすことはできない<sup>22)</sup>。裁判官は、主張立証責任を常に念頭において、当該訴訟における主張立証の状況を的確に把握しつつ、要件事実（主要事実）が必要十分に主張されているか、要件事実（主要事実）に関する立証活動が必要十分に行われているかを吟味しているのであり、代理人も、そのことを前提に自身の主張立証を構築し、相手方の主張立証を弾劾するのである。

もちろん、要件事実論は、これ自体によって紛争の結論を直ちに導き出せる代物ではないが、「一般の民法理論さえしっかりしておれば、会得するのにそんなに難しいものではなく、だれでも同じ水準に達しうる」<sup>23)</sup>技法である。だからこそ、民事裁判に携わる実務家が共通して備えるべき「共通言語」として機能してきた側面がある。

また、要件事実論には議論を過度に先鋭化させる等の問題点があること<sup>24)</sup>も分かって

おくべきであるが、要件事実論にそって当事者双方の主張を整理することにより、争いのない主要事実と争いのある主要事実とが、代理人双方と裁判官との間で正確に把握・認識されるといったその有用性は、否定すべくもない。実際、かなり以前から、「要件事実論が訴訟運営の改善に果たした役割は小さくない。このことは、昭和20年代頃までの、要件事実と事情とを区別しないで記載していた準備書面、要件事実からは遠い事実についての証拠申出や証拠調の多かったことと、現在の要件事実を中心とし、指標とした弁護士の訴訟活動や裁判所の訴訟指揮を対比して考えると明らかである」<sup>25)</sup>との評価が確立されている。

#### (2) 「民事模擬裁判」の実際と反省の弁3

本学の学生は、2年次秋学期に必修科目である「民事実務基礎」を履修する。そのためか、3年次秋学期で行われる「民事模擬裁判」では、要件事実の考え方を基本から説明する必要はなかった。例えば、民法上の代理の要件事実が、法律行為、顕名、先立つ代理権授与となることだとか<sup>26)</sup>、表見代理も有権代理も主張としては等価値であること<sup>27)</sup>等については、改めて解説しなければいけない事態は、ほぼ一度もなかったと言ってよい。もちろん、まだまだ「詰め」は甘く、被告代理人役から「無権代理の抗弁」の主張が出されることも一度ならずあったが。

いずれにせよ、学生は、2年次の「民事実務基礎」で学んだ要件事実論という「技法」を3年次の模擬裁判という「実践」に活かすことを実体験することになり、要件事実論が実際の民事裁判で重要な役割を果たしていることも、ここで実感してもらえらる。

とはいえ、教員としては、学生の実感に委ねるだけでなく、弁論主義の適用される民事

21) 加藤新太郎編著『民事尋問技術（新版）』32頁〔加藤新太郎〕（ぎょうせい、2007）参照。

22) 山野目章夫編集『新注釈民法(1)』85・86頁〔村田渉〕（有斐閣、2018）、加藤新太郎「要件事実論の到達点」新堂幸司監修・高橋一加藤編集『実務民事訴訟講座〔第3期〕第5巻』21頁、36-37頁（日本評論社、2012）参照。

23) 賀集唱「要件事実の機能」司法研修所論集90号30頁、72頁（1994）。

24) 田尾桃二「要件事実論について―回顧と展望小論―」曹時44巻6号1頁、1-5頁（1992）に、問題点の幾つかが指摘されている。

25) 田尾・前掲注24)22頁。中野・前掲注18)35頁も参照。

26) 司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻』68頁（法曹会、1985）。

27) 司法研修所編『民事訴訟第一審手続の解説（4訂）』41頁（法曹会、2001）参照。

裁判の運営において、要件事実論が実務家の「共通言語」として必要不可欠の技法・ツールとなっていることを改めて意識させ、司法修習を通じて更に修得に励むよう動機付けるべきであったようにも思う。ここで改めて、要件事実論は、民事裁判を迅速に進行させ、適正な解決に至らしめるための土台であることを確認しておきたい<sup>28)</sup>。

#### IV. 現在の実務慣行の改善への期待

本稿Ⅲ1で見たように、民事裁判実務において、争点及び証拠整理手続の実施自体は定着しているのに反し、その内実は、民訴法の理念どおりになっていないとの指摘が多数されている<sup>29)</sup>。以下では、筆者の提案（改善の工夫）にも触れつつ、「民事模擬裁判」における学生のパフォーマンスを見て筆者が彼ら・彼女らに改善を期待する心境に至った実務慣行について述べたいと思う。①工程感の提示（納期の設定）と②適時適切な心証開示の2点である。

##### 1 工程感の提示（納期の設定）

###### (1) 「民事模擬裁判」の実際

本稿Ⅱ1のとおり、「民事模擬裁判」では、争点及び証拠の整理を口頭弁論期日で行うことになっているので、3期日（コマ④⑥⑧）を使ってこれを行い、その後の2期日で証拠

調べを終え、既定のスケジュールで判決言渡しまでをこなす。時間的な制約がある中で、学生は、自らの知識・能力を尽くして書面作成や法廷活動を行い、既定の期日数（コマ数）と審理期間で事案を処理することの大変さを身をもって体験する。

カリキュラムに支障を来すことなく審理を遂げた学生に指摘することは本来何もないのだが、教員としては、次のような指導をすることは考えられたかもしれない。裁判官役の学生に対し、「この事件は、あと2回くらい口頭弁論で争点・証拠の整理をし、その後に証拠調べに入るような進行でいかがですか。」と代理人役の学生に提案するような訴訟指揮があってもよかったと指摘する、などである（やや芝居がかった訴訟指揮となることは否めないが）。

###### (2) 実務におけるこれまでの取組等

翻って、現実の民事裁判の実務を見れば、争点整理の長期化の問題が指摘されて久しい<sup>30)</sup>。その一方で、第1回口頭弁論期日やその次の弁論準備手続期日といった審理の初期段階で代理人双方に対して自身の考える工程感を提示する裁判官は、なお少ないように思われる。

「納期」（三者で予定された予定審理期間）の設定や「工程感」（特に裁判官による、審理終結までの予測期間）の提示に象徴される、計画的審理については、これまで多くの提言や実践例の紹介がされてきたにもかかわらず<sup>31)</sup>、これまでのところ、実務での受入

28) 木川統一郎「ラウンドテーブル方式の主張整理」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新（中）』297頁、320頁（有斐閣、1991）は我が国の民事訴訟の実務において主張整理・争点整理がうまく行われていないという現象があるのは、要件事実教育の弊害ではなくてその不徹底に原因があると指摘する。

29) ここまでの注記に掲げたものとしては、村田・前掲注9)71頁、福田・前掲注13)318頁。

30) 最高裁事務総局・前掲注7)27頁は、「平成21年以降、第1回口頭弁論から人証調べ開始までの平均期間（この期間は、基本的に争点整理期間と考えてよいと思われる。）が長期化している」とする。また、垣内秀介「民事訴訟の審理をめぐる問題状況—現行民訴法施行20年を振り返って」論究ジュリ24号6頁、7頁（2018）、武藤貴明「裁判官からみた審理の充実と促進」論究ジュリ24号14頁、15頁（2018）も参照。

31) 例えば、①賀集・前掲注10)1頁、②竹下守夫「民事訴訟の改善と新たな審理モデルの模索」自正40巻8号95頁（1989）、③八木一洋「福岡地方裁判所における民事訴訟の審理の充実・促進方策の実施状況について」判タ816号6頁（1993）、④近藤昌昭「ワン・イヤー・プロジェクトの実践経過基調報告」判タ973号4頁（1998）、⑤中村隆次＝安村義弘「判決まで6ヶ月—大阪地方裁判所第12民事部（立会増強部）の審理の概要」判タ1028号48頁（2000）、⑥山本和彦「当事者主義的訴訟運営の在り方とその基盤整備について」民訴雑誌55号60頁（2009）、⑦古閑裕二「審理の充実・訴訟促進の中興方策案」判タ1438号26頁（2017）など（②⑥は研究者によるもので、その他は裁判官・裁判所書記官によるもの）。近時の提言としては、門口正人編『裁判官の視点 民事裁判と専門訴訟』39頁以下〔福田剛久〕（商事法務、2018）がある。

れは乏しいと言わざるを得ない。このことは、実際の民事裁判実務において、納期を見据えて計画的に審理を進行させることが容易でないことを示している<sup>32)</sup>。

### (3) 将来への期待 1

#### a 「民事模擬裁判」を見て考えたこと

一般に「納期のない仕事はない」と言われるし、納期・締切りがある場合の方がない場合よりも仕事の質が上がるのも体験的な真実であると思われる。以上のことが、こと裁判に限っては当てはまらないという理由は見出し難い。そうであれば、法律実務家集団（業界）として、「やることが尽きたときに争点整理が終わる」といった場当たりの・不確定期限訴訟観から、「設定した期限の中で最善を尽くす」といった計画的・確定期限訴訟観にマインドをシフトすることが今一度目指されるべきである。

そのような観点で「民事模擬裁判」を振り返ると、もちろんバーチャルなものではあるが、模擬裁判では「納期」が既に織り込み済みであり、学生も期限内にやり遂げていることに改めて気付かされるのである。

こう言うと、「模擬裁判の事案はそれほど複雑でもないし、シナリオのない実際の裁判とはわけが違う」「学生と異なり、弁護士も裁判官も多数の事件を抱えている」などの反論が容易に想定されるだろう。

確かに、模擬裁判で扱う事案は、学生にとって学習効果の上がる事案（実体法上の論点が学生になじみがあり、争点もさほど複雑でない事案）に限られるし、その中でもカリキュラム期間内に判決までできる頃合いの難度のものとなる。しかし、ここで着目すべきは、実務家教員同士（弁護士と裁判官）が特に擦り合わせることもなくそのような事案を選定し、学生に提供してきたという事実である（前記Ⅱ 2(3)参照）。このことは、「この事

案ではこのくらいの工程感が標準となる」といった感覚（語感は良くないが分かりやすいので、以下「相場感」という）が法律実務家集団内で共有されていることを物語っている<sup>33)</sup>。そして、法律実務家集団内で「相場感」が共有されているという事実は、納期の設定ないし工程感の提示を行う前提となる、とても大事なことである（後記 b(2)参照）。

また、学生も、弁護士や裁判官と同様、決して暇ではないのである（大半の学生は「民事模擬裁判」のみならず、複数の科目を履修して多くの課題をこなしている）。学生と実務家の間には能力・技量の歴然とした差があることを考えれば、実際の裁判は模擬裁判とはわけが違うと切って捨てる態度はフェアでないように思われる。

#### b 筆者の提案

以上のとおり、少なくとも筆者の目には、「民事模擬裁判」を行った学生は、図らずも「計画的審理」を実践したものと映るところ、これを履修した学生が裁判官や弁護士といった法律実務家になった後も、このような「実践」を続けていってもらえるよう、筆者なりのささやかな提案をさせてもらえればと思う。

##### (a) 工程感の提示

筆者としては、常々、代理人双方及び裁判官の三者による納期の設定が必要で、その前提としては、まずは、**裁判官がその工程感を提示することが必要である**と考えてきた。これは、従来から推奨されてきた計画的審理に関する提言や実践例のうち、最も基本となる点をシンプルに取り出し、具体的に実践しやすくするものである。すなわち、裁判官が、「(1か月に1度の頻度で期日を入れるのであれば)半年で証拠調べに入れるように手続を進めていきましょう。」などと、**自分なりの見立てと心構えを代理人双方に伝える**という

32) 福田・前掲注13)311頁参照。

33) 実際、民事保全事件については、かなり骨のある事案であっても迅速に処理されている。その背景には、制度の建前もさることながら、代理人にも裁判官にも迅速処理のマインドが根付いていることが大きいように思う。小山稔「争点整理管見—民事弁護からの体験的考察—」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進(上)』506頁、508頁(判例タイムズ社、1994)、瀬木比呂志『民事保全法(第3版)』44頁以下(判例タイムズ社、2009)参照。なお、労働審判事件の運用が民事裁判の運用にも影響し得ることを説いた文献として、渡辺弘「労働審判制度の運用の実際—簡易迅速な民事紛争解決への示唆—」民訴雑誌56号208頁(2010)、定塚誠「労働審判制度が民事訴訟法改正に与える示唆」春日偉知郎古稀『現代民事手続法の課題』773頁(信山社、2019)がある。



ことである。このことは同時に、代理人双方に対し、事件進行の目標を与え、訴訟の遅延防止に役立つのみならず、緊張・充実した訴訟進行への心構えを要求することになり、きわめて有意義である<sup>34)</sup>。

これは、事柄の性質上、裁判官が率先してやるのがふさわしい。裁判官は、それまでに培った経験からも、同時に多数の事件を現に並行して担当していることから、スタンダードの訴訟進行を知れる立場にあるし、裁判官が担当する事件全体のマネージメントの責務を負うのは他ならぬその裁判官しかいないからである<sup>35)</sup>。そもそも、裁判官からこのような提案をしなければ、代理人双方から各自の持つ「工程感」を引き出すこともできない。

#### (b) 提示の時期

裁判官としては、第1回口頭弁論期日前に訴状を精査する段階で、当該事件の進行についてある程度の予測はするものの、代理人双方に伝えるだけの見立てを持つことは難しい。やはり、被告から答弁書が提出されることで双方の言い分が揃った時点（すなわち、第1回口頭弁論期日か、その次の争点整理手続期日の頃まで）に、工程感を提示するというのがやりやすいだろう。

なお、訴訟運営上の工夫としては、手続の透明性を高める意味でも、裁判官が当事者に工程感を伝える期日に、当事者本人を同行してもらおうことも考えられるだろう。

#### (c) 工程感の具体的目安

まず、我が国の裁判官には概ね2～4年に一度、主に毎年4月に定期的な異動が控えていること（そして、裁判官本人も明確には自

身の異動時期を把握していないこと）は、業界での公知の事実といえるから、一審裁判官としては、当該事件が裁判所に係属する時期にもよるものの、基本的に、翌年の3月までに（長くとも1年以内の期間で）終結する（できれば判決言渡し期日も含め）工程感を伝えることが考えられる。筆者としては、このような工程感を提示して代理人から拒否的な対応を示された経験は皆無である。

その上で、筆者は、より具体的な工程感を提示するに当たり、裁判官として次の3つの視点を踏まえた「ホームメイドの進行指標」を持つことが有用であると考えている。裁判官自身の、①「平均審理期間」（事件の回転率）、②「有効期日間隔」、③「事件処理能力」（1か月当たりの対席判決起案数）の3つの指標である<sup>36)</sup>。これにより担当事件全体の概ねの進行の現況と進行可能速度を把握し、その中で、個別ケースの事情に応じた進行方針を立てることができるようになる。代理人から「〇か月という工程感の根拠を教えてください。」と言われれば、「担当事件全体の進行状況と本件の紛争の実情からすると〇か月が妥当と考えた。」と率直に回答すれば足りよう。

そのような全体像を前提に、各ケースの個性に合わせて手続を進行させる必要があることは言うまでもない（裁判官としての力量は、この点にこそ求められよう）。裁判官が工程感を伝えたのに対し、代理人から「この事件は△の点を更に調査する必要があり、そのためには〇か月程度の時間を要する。」などといった対応がされれば、しめたものである。そのやり取りを通じて争点の整理が促され、三者の間で、具体的な納期につき協議の機会

34) 賀集・前掲注10)9頁参照。

35) 大坪和敏弁護士は、争点整理の主体についてであるが、「効率的な審理を一次的な目的としていない当事者に争点整理を委ねても、迅速で充実した争点整理が行われる見込みは薄い。一般的には、弁護士に比べて同種の事件の経験がより豊富な裁判官による争点整理によって、多くの事件で、迅速で的確な争点整理が行われている。」と述べる（大坪・前掲注17)22頁）、工程感の提示（納期の設定）の場面でも同様のことが言えるように思う。

36) 裁判官の担当事件数（前月までの未済件数＋当月の新受件数、ストック）と1か月当たりの既済件数（フロー）から、裁判官個人の概ねの平均審理期間（回転率）を求めることができる。また、担当事件数と1か月の審理可能件数（弁論準備手続期日を含めた開廷数）とを比較し、前者が後者を上回るようであれば、担当事件の全てについて1か月ごとに期日を入れられるわけではないことになり、下回るならその逆となる。これを把握しておくことで、担当事件について、指定可能な次回期日までの間隔（本文にいう「有効期日間隔」）を知ることができる。さらに、1か月間で対席判決の起案を作成できる件数が、裁判官自身が確実に予測できるフローの値となる。これら3つの指標を意識することで、担当事件全体の進行状況を常に把握することができ、個別の事件の進行具合も認識できる。

も持たれるからである。もちろん、裁判官が提示した工程感よりも、代理人双方の意見を聴いて定めた納期が遅れても構わない<sup>37)</sup>。訴訟を場当たりの進めるのではなく、計画的に進行させることに工程感の提示の目的があるのだから。

裁判官としては、名前も顔も分からない弁護士相手に（東京のような特大庁だとそういうことが多い）、審理の初期段階で「この事件はこのくらいの工程感で」などと切り出すのは、相応の経験としっかりした準備、そして何よりも（現在の実務慣行を前提とすれば）勇気が必要としよう<sup>38)</sup>。しかし、何事も初めからうまくはできないのであって、ある事件はうまく進んだが、別の事件では代理人から反発を受けてなかなか進まなかったということもあるかもしれない。しかし、それで良いのである。求められるのは、一步踏み出す勇氣である。

#### (d) 運用としての合理性の有無

翻って、本稿Ⅲ1で見た集中証拠調べと比べてみよう。集中証拠調べが定着している背景には、一定の合理性（準備の負担等のデメリットよりも適正な心証形成等のメリットの方が上回る）が法律実務家集団（業界）で共有されていることがあると考えられるところ、納期の設定や工程感の提示が定着してい

ないのは、そのような合理性があってもこれが業界で共有されていないか、むしろ合理性がないこと（デメリットの方がメリットよりも上回る）が業界で共有されているかのいずれかではないかと解される。

では、代理人双方と裁判官が協議して納期を設定したり、裁判官が代理人に対して工程感を提示したりする運用のメリットは何か。言うまでもなく、かかる運用が行われれば、紛争の迅速な解決につながる（さらには、民事裁判を、迅速な紛争の公権的解決手段とすることに社会的効用がある<sup>39)</sup>）ことである。他方で、かかる運用が採られない理由（かかる運用を採ることのデメリット）としては、①審理が拙速となる（拙速論<sup>40)</sup>）、②訴訟当事者本人に、迅速な解決に対するニーズがない（当事者納期不要論<sup>41)</sup>）、③当事者のニーズがなく、かえって拙速との反発を受けかねないのであれば、裁判官としても急ぐ必要はなく、自らの手足を縛りかねない<sup>42)</sup>訴訟運営を執るのを避ける（裁判官納期不要論）、④①～③の事情があいまって、納期を設定したり工程感を示したりはしない実務慣行が確立され、もはや確立された実務慣行と異なる行動に出ること自体が負担となる<sup>43)</sup>（確立した実務慣行論<sup>44)</sup>）、といったことが考えられる。

37) 訴訟が進行する中で、当初設定された納期には対応できない論点が浮上してくる事案もなくはないであろう。そのときも、改めて適当な納期を設定するなど、柔軟に対応すれば足りる。

38) もちろん、裁判官としては、担当する全ての事件で工程感を提示する必要はないし、することもできない。相応しい事件から徐々に始めればよい。

39) 菅原郁夫「民事訴訟利用者調査がもたらす視点」民訴雑誌 66号1頁、12頁、22頁（2020）は、訴訟未経験者にとっての審理期間の絶対値の短縮が大きな意義を持つとする。ただし、それと併せて、実際の訴訟の利用者については、「訴訟の敷居が依然として高い現状において、あえて敷居をまたいだ当事者に審理期間の絶対値の点のみでの短縮は必ずしも高く評価されない可能性がある。」と指摘する。そのとおりだとも思うが、そもそも我が国の民事訴訟の「高い敷居」自体すなわち、たくさん時間と費用がかかることを改善していく必要があるはずである。

40) 「拙速論」は、例えば、平成30年10月に行われたパネルディスカッションにおいて（「市民が求める民事裁判をめざして」判タ1455号29頁以下（2019））、民事裁判の運用上の課題として、桃崎剛判事（名古屋地裁）が「速さも国民から求められる『品質』の一つ」と発言したこと（53頁）や、中村真弁護士（兵庫県弁護士会）が「審理期間の短縮という点に尽きる」と発言したこと（53頁）に対し、山腰茂広弁護士（金沢弁護士会）が「拙速にならぬよう、やはり審理を充実させることによって迅速化を図るべき」と対応した（54頁）といったことに表れているように思われる。

41) 菅原・前掲注39)22頁参照。

42) 心証を取って結論を出す作業は、結構負担であり、悩み続けてよいならばずっと悩んでいようかというの、裁判官であれば誰もが一度は抱く思いではないだろうか。

43) 裁判官が提示した工程感について代理人の納得を得るのに労力を要し、かえって長期化を招きかねない。

44) 「マンネリズムになった裁判所は訴訟のテンポというのは元来こんなものだというふうを考える。弁護士も、訴訟のテンポがその程度に遅くても自分の利害にはあんまり関係しませんからそれでもいいと思っている。」

しかし、これらのデメリットが、本当にデメリットなのか、デメリットであるとしても、迅速な紛争解決というメリットを上回るほど実を伴うものなのかは、改めて検討する必要がある。

「拙速論」について言えば、前記 a のとおり、仕事量に応じた納期の設定は、仕事の質を向上させること（充実した審理）はあっても、低下させること（拙速な審理）はないのだから、純粋な意味での拙速論は採り難い。例えば、同一の事件について、結果として3期日で争点整理を終えることができた場合と、審理の当初より3期日で争点整理を終えることを目指して三者が行動してそのとおり争点整理を終えた場合とを比べて、後者の方が前者よりも密度の濃い争点・証拠の整理ができたということはあっても、前者の方が後者よりも密度が濃かったということはないだろう。「拙速論」を、不当に短い納期が設定されることに対する警戒心の表明だと見ても、やはり、これが、納期の設定ないし工程感の提示といった運用を採らない理由とはならないと思う。前記 a のとおり、現実には実務家集団内で共有されている「相場感」があるところ、代理人において、裁判官の見立てた工程感とは異なる工程感（別案）を想定していた場合には、別案をその理由と共に他の二者に伝えれば、三者間で、共有される「相場感」を基に、適切な納期が設定されるはずだからである。代理人が別案を示すことなく、ただ「拙速だ」と言うのであれば、つまるところ、当該代理人自身の訴訟観が場当たりの・不確定期限訴訟観である旨を開陳しているにすぎないことになろう<sup>45)</sup>。もちろん、このような場合には、依って立つ考え方（訴訟観）がかなり異なり、理屈でどうなるものでもないから、裁判官としては、納期にこだわらずに割り切って対応するほかない（筆者としては、このような「割り切った」対応が

少しでも必要でなくなるよう、後記ウのように学生に期待するのである）。

「当事者納期不要論」について言えば、これは、多くの場合、紛争解決手段として民事裁判を自ら選択した原告側から主張されるのだろう。しかし、裁判では、相手方となる被告の存在も無視し得ず、被告側としては、「速やかな棄却」を求めるのが通常である。被告の意向が訴訟進行の上で考慮されるのは、裁判という紛争解決手段を選択した原告としても甘受せざるを得ない以上、当事者納期不要論も、工程感を提示する運用を否定する理由にはならない。

上記2つのデメリットが実を伴うものといえない以上は、それらを前提とする「裁判官納期不要論」も説得力に欠ける。残るは、「確立した実務慣行論」だが、既に見たところからすれば、このこと自体に合理性を見出すことは難しい。また、この点の改善・打破にこそ筆者が学生に期待するところがある。

以上の検討によれば、納期を設定する運用ないし工程感を提示する運用には、本来的に合理性がある（メリットがデメリットを上回る）ことが、明らかなように思われる。そうすると、このような運用がいまだ定着していないのは、その合理性が業界で共有されているわけではないためであり、合理性が共有されないのは、不確定期限訴訟観に疑いを持たない実務家がなお相当数存在するからではないかと考えられる。

### c 筆者の提案を踏まえた期待 1

カリキュラムどおり必死に模擬裁判を進行させた学生も、法律実務家になると、周囲の「スピード感」に順応してしまうことは、過去の歴史が物語っている。しかし、「民事模擬裁判」を履修した学生には、そこでの自分たちのパフォーマンスを思い返してもらいたい。誰に言われることもなく、期間間準備を充実させるという工夫ができたではないか

との坂井芳雄判事の発言（「民事司法制度の夢を語る 新春座談会」判タ 184 号 2 頁，7 頁（1966））は、今でも妥当だと思う。

45) ただし、裁判官としては、既知っていることだけで性急に判断したり早まった類型化をしたりすることは、忍耐力の乏しきや偏見から生まれるよりも、審理を秩序だて集中させようという意図に基づくことが多いという指摘があること（ハロルド・J・バーマン編著・石川吉右衛門ほか訳『アメリカ法のはなし』40-41 頁 [ロン・L・フラー]（有信堂，1963））を常に意識し、自分がそのような思考に陥っていないか警戒しておく必要がある。

(本稿Ⅱ2(4)参照)<sup>46)</sup>。

「工程感の提示」という運用が、定着済みの集中証拠調べ等と同じように当然視されるようになるには、実務家となる学生が、「個々の事件のより良い解決を集積することで、民事司法制度がより良いものになる」という演繹的発想に加え、「民事司法制度を総体としてより良いものにすることが、個々の事件のより良い解決につながる」という帰納的発想も持って、担当する事件に臨むことが近道であると思う。

筆者としては、学生一人一人が、法科大学院での経験とそこで培った(はずの)批判精神を大切に、「民事模擬裁判」で実践済みの計画的・確定期限訴訟観をもって、現行実務の場当たりの・不確定期限訴訟観をシフトさせていくことを期待している。

## 2 適時適切な心証開示

### (1) 「民事模擬裁判」の実際

「民事模擬裁判」では、口頭弁論期日での裁判長及び当事者のやり取りの例として、「裁判長が『原告は訴状を陳述しますか。』、原告代理人『陳述します。』、『被告は答弁書を陳述しますか。』、被告代理人『陳述します。』』と記載したメモを交付する(本稿Ⅱ2(2)参照)<sup>47)</sup>。学生は、メモの記載に沿ったやり取りを行う。実際の民事裁判の口頭弁論では、そのようなやり取りに止まることが依然として多いと思われるのに対し、模擬裁判では、メモ記載のやり取りに引き続き、裁判

官役が、訴状や答弁書等の記載について細部にわたり質問し(民訴法149条1項<sup>48)</sup>)、質問された代理人役がその場でこれに回答することが多い。しかし、「次回期日までにお答えする。」といういわゆる「持ち帰り問題」<sup>49)</sup>も、ときに見受けられる。

教員による講評では、裁判官役の学生に対して各質問の意図を尋ねた上で、争点と無関係に裁判官がただ知りたいということで質問しても、その意に反して代理人には「裁判官が自分に不利な心証を取っているのではないか。」という誤解を与えかねないこと、裁判官としては質問の形で自分の心証を伝えたいつもりであっても、代理人には必ずしも伝わっていないこと(見ていた筆者にも分からなかった)を指摘する。これに対し、筆者の担当した3度にわたる模擬裁判のいずれでも、裁判官役の学生から、「そこまで明確にしてよいものか。」「公平性を害すると考えて、ぼやかしたのだが。」といった反応が返ってきたが、教員からは、学生の皆さんが考えているよりもずっと情報の送り手と受け手との間には認識ギャップがあること、そのため、裁判官の質問(求釈明)も心証開示も明確である必要があることを更に伝える。

なお、言うまでもないが、争点及び証拠を的確に整理するためには、事実認定力(≒証拠評価の能力・技法)が必要となる。しかし、この事実認定力を法科大学院で養成することは無理である(司法修習及び法律実務家になった後のOJTを通じて不断に修練し修得するものである)。そうである以上、担当

46) 納期の設定や、その前提となる工程感の提示の運用は、期日外釈明を活用して期日間準備を充実させることもセットとなるように思われる。この点について、竹下・前掲注31)98頁以下は、期日間準備を重視する。また、ファックスによる期日外釈明の実践例(当時)として、高木新二郎「私が実施した審理充実方策」木川古稀・前掲注33)477頁、481頁以下(判例タイムズ社、1994)がある。現在検討されている民事司法のIT化(注76参照)により、期日外釈明が更に効率的で透明性の高いものとなることが期待される。

47) 学生は、法廷での実際のやり取りには暗いので、このようなメモの交付自体は、現在の訴訟実務を説明するツールとして、あって然るべきである。しかし、筆者としては、メモ記載のような現在の実務慣行が確立した理由や弊害にまで、意を尽くした説明はしきれなかったことを反省する(本文Ⅰ2)。なおかかる実務慣行が確立した理由については、那須弘平弁護士(当時)は、「文字通り一言一句読み上げては、時間がかかって仕方がないので、いつの間にかこのような取扱いが慣行としてでき上がったのでしょう。」とする(小島ほか編・前掲注3)137頁〔那須弘平〕)。

48) ときに、裁判長の許可を得て一方の代理人役が他方の代理人役に質問することもある(民訴法149条3項参照)。

49) 山本和彦「争点整理手続の過去、現在、未来」高橋宏志古稀『民事訴訟法の理論』769頁、786頁(有斐閣、2018)参照。



教員としては、模擬裁判で時々見受けられる、学生同士が互いにその主張を一步も譲らなくなるような「水掛け論的やり取り」が、学生として修得しておくべき実体法・手続法の理解不足によるものなのか、証拠評価の経験値の低さによるものなのかを見極めて、それに応じて学生を指導する必要がある。

## (2) 実務におけるこれまでの取組等

翻って、実際の民事裁判において、裁判官による心証開示がどのような機能を有し、現状についてどのように評価されているのかについて見てみよう。

裁判官による心証開示には、一般に、争点整理のためのものと和解のためのものがあるとされている<sup>50)</sup>。争点整理のための心証開示の機能は、裁判所がその時点で重要と考える争点や重視していない主張を明らかにして当事者と共通認識を持ち、当事者に主張立証を補充する機会を与えることにあり、「現在の実務において、争点整理のための心証開示は、充実した争点整理のために必要不可欠と認識されているといつてよい」<sup>51)</sup>。

それにもかかわらず、心証開示の運用については、これに対する代理人側の受け止め方を見ると問題がある。例えば、令和元年7月発行の「迅速化報告書」(注7)では、「全体的な傾向としては、序盤から認識等をはっきり述べる裁判官が増えているとの評価が多数であったが、他方で、典型的な事件以外では序盤で認識等を伝える裁判官はさほど多くないとの指摘や、認識等を伝えるかどうかや、重要な間接事実や争点の軽重に関する認識まで伝えるかどうかは裁判官や事案によってばらつきがあるとの指摘もあった」とする<sup>52)</sup>。2012～13年に実施した東京地裁の民事通常部所属の裁判官と東京三弁護士会の会員有志を対象に行われたというアンケート調査の結果でも、「弁護士アンケートでは、約7割が争点整理のための心証開示がされない、又は

されないことが多いとしており、これを行っている裁判官が95%という裁判官アンケートと顕著な違いを見せている」<sup>53)</sup>とのことであり、情報(心証)の送り手と受け手との間に歴然とした認識ギャップがあることが分かる。

なお、控訴審から見た民事訴訟第一審について、「審理(争点整理)に問題があると思われる事件(判決)の割合は、控訴事件の概ね2～3割程度」という厳しい評価もある<sup>54)</sup>。

## (3) 将来への期待2

### 「民事模擬裁判」を振り返って考えたこと

「民事模擬裁判」での学生のやり取りを振り返ってみて、裁判官役が代理人役に質問を発するのに止まるのは、その発問の意図・真意が裁判官自身にもはっきりとは意識されていないためであることに気付かされた。これまで、裁判官と代理人との認識ギャップと言われてきたが(前記(2))、実は、ギャップの前提とも言うべき裁判官側の心証自体がはっきりしていないことが少なくなかったのではないか。

既に模擬裁判段階で見受けられた「持ち帰り問題」についても、裁判官が単に質問を投げかけて済ませることがその要因の一つになっているのではないかとも思うようになった。その質問の意図が必ずしも明らかではなく、また、質問に対する回答の正確性をどの程度求めているのかもはっきりしないために、質問された代理人としては、その場で回答することがためらわれ、いったん検討してから回答するのが適切であると判断する。質問した裁判官も、自分が今真に求めているものがはっきりしないので、そのような代理人の判断・対応を容認するということが繰り返されてきたのではないか。ここでも、裁判官側の心証自体がはっきりしていないことが影

50) 司法研修所編『民事訴訟のプラクティスに関する研究』86頁、172頁(法曹会、1988)参照。

51) 矢尾渉「争点整理のための心証開示について—裁判所の心証は、なぜ当事者に伝わりにくいのか」民訴雑誌62号154頁、155頁(2016)。

52) 最高裁事務総局・前掲注7)72頁。

53) 矢尾・前掲注51)157頁。

54) 村田・前掲注9)86頁注32。民事訴訟第一審での争点整理の具体的な問題点については、同73-74頁。

響している。

これまで、裁判官側のコミュニケーションスキルの問題に主に焦点が当てられてきた問題であるが<sup>55)</sup>、学生による模擬裁判を見て、そのようなスキルの問題もさることながら、問題はより実質にあるのかもしれないと考えに至った。

#### b 筆者の提案

学生は、「民事模擬裁判」において、まがりなりにも「口頭議論」を実践しようとしていたが、学生の実務経験の乏しさからか、裁判官による心証開示が民事裁判で果たす役割の重要性について理解するのはなかなか難しかったようであり、教員としても、学生の腑に落ちるように説明するのは困難であった。

筆者としては、その点の反省も踏まえ、学生が裁判官や弁護士といった法律実務家になった後に、戸惑うことなく民事裁判に臨んでもらえるように、ここでも、ささやかな提案をさせてもらおうと思う。

#### (a) 適時適切な心証開示

裁判官としては審理途中において心証開示をする目的は、後戻りのできる段階で<sup>56)</sup>、主張の誤解や証拠の見落とし・見誤りを可及的に回避することにある。最終判断権者たる裁判官の職責に照らすと、自分の考えや結論は誤りではないかとの恐れは常につきまとうので<sup>57)</sup>、誤りを少しでも減らしたいと考えるのである。

代理人としても、裁判官の思い違い等に早期に対応できるし(判決書で思い違いを示されれば上訴するほかない)、上訴するにしても上訴理由が書きやすいだろうし、逆に、痛いところを突かれた・反論しづらいと思え

ば、和解も含めて紛争解決の選択肢の幅を増すことにつながるはずである。その意味で、裁判官による適時適切な心証開示は、裁判官側からの情報開示の充実を図る機能を有しているともいえる(本稿Ⅱ2参照)。

そこで、筆者としては、裁判官が代理人双方に対して適時適切な心証開示をすること、すなわち、**裁判官は、その心証を「明確に」「根拠と共に」「期日ごとに(代理人の応答があるごとに)」開示することを提案したい。**

#### (b) 開示の対象・手法

裁判官の心証開示の目的からすると、開示する対象(心証)を代理人双方に誤解なく伝えられなければ意味がない。代理人が裁判官の誤りを指摘することが期待できなくなるからである。したがって、できるだけ明確な表現で伝える必要がある。心証開示は、当事者に反論の機会を与えるという手続保障の側面も有するが、その点にばかり目を向けると、ややもすれば「反論の機会さえ与えればよい」として、法律実務家内であれば慣行的に通じるものとされてきた「寸止め開示」(発問形式の釈明により心証を示唆するというのがその典型例)をしたのはいいが、その慣行になじみのない当事者・代理人が不満を漏らす結果となりかねない。

また、開示対象となる心証自体が不明確であれば、やはり代理人には伝わらないので、裁判官としても、開示に耐え得る心証を形成することが求められる。もちろん、判決書のように必ずいずれかの結論を出した上で開示するのが難しいことはあるから<sup>58)</sup>、心証形成の概ねの道筋(根拠)を説明するとか、結論に悩んでいる場合ならどこでどう悩んでい

55) 法律実務家の執務におけるコミュニケーションの重要性を説く文献として、加藤新太郎編『リーガル・コミュニケーション』(弘文堂、2002)があり、同192頁以下で「裁判官のリーガル・コミュニケーション」が扱われている。

56) 判決には自縛性(不可撤回性)があり、判決を言い渡した裁判所であっても、その判決を撤回したり変更したりすることは許されない(高橋・前掲注12)249-250頁)。

57) 垣内正「事実認定のプロセスについて」國井和郎選『民法学の軌跡と展望』561頁、572頁(日本評論社、2002)は、事実認定における「ある種の畏れ」を感じてきたと述べる。

58) 本文Ⅳ1で触れた「工程感の提示」ないし「納期の設定」をする理由には、特に結論の悩ましい事件で、裁判官が最終的な決断を下す(どちらかに決める)のにどうしても必要なものであるからというものもある。逆に、審理の途中で開示した心証の内容やその根拠が明確であると、一度開示した心証に裁判官自身が縛られかねないという自縛自縛の危険を伴うことは、裁判官であれば誰もが自戒していることであり、その危険を敢えて犯さぬよう、文字通り暫定的な心証にとどめ、敢えてそれ以上に心証をはっきりさせないようにすることもある。

るのかを率直に（ただし明確に）伝えるやり方もあり得る。それでも、前記(a)の心証開示の目的は達し得るからである。

心証を明確に開示するというと、いかにも強権的な態様で心証を開示する（心証の「開示」ならぬ「押し付け」となる）かのように誤解されかねないが、もちろんそうではないし、木で鼻をくくったように結論だけを伝えるというわけでもない。裁判官が当初の心証をただ押し付けるかのような期日が続けば、代理人は自ら意見を述べる意欲を失うだろう。

「立証不十分」であれば、その旨を明確に、しかし丁寧に伝えるのである。「丁寧に」というのは、心証形成の根拠をちゃんと説明するということである。裁判官が当初の心証の根拠をちゃんと説明していなければ、当初開示した心証を後に変えたいと考えても、当初開示した心証が有利に働く代理人に対して心証を変える根拠をちゃんと説明できず、心証を変えること自体がためらわれかねない。これは、誤りの回避という心証開示の目的からすれば、裁判官としては、まさに本末転倒の事態といえる。このような事態に陥らないためにも、当初の心証開示の際からその根拠をちゃんと説明しておく必要があるのである。

### (c) 明確な心証開示をためらわせるもの

裁判官が明確な心証開示をためらう理由の1つに、裁判官の「公平性」を害するという伝統的な考え方がある。前記(1)のとおり、「民事模擬裁判」での裁判官役の学生にも、そのような意識が既にあった。この点について、例えば、笠井正俊教授は、「裁判所が婉曲的に言っても伝わらないので『現在の立証では不十分である』とはっきり言えばよいか」といって、それはそれで問題がある。事案にもよるので一概には断定できないが、そこまで言うのは行き過ぎであることが多いように思われる。和解のための心証開示であればともかく、争点証拠整理のための心証開示は、前述のように当事者の主張立証の機会を与える手続保障の手段としてのそれであるので、

訴訟代理人の更なる主張立証の可能性を問うにとどめるのが、理論的にも実務的にも穏当であろう。」<sup>59)</sup> とするが、この考えの背景にも、上記の伝統的な考え方があるように思われる。

しかし、裁判官は、「どちらが勝っても構わない」立場にある。これが、公平性を担保する唯一かつ絶対の制度的担保である。そうであるからこそ、裁判官としては、主張や立証に分がある側に有利な心証を取り、そうでない側には不利な心証となるというだけであって、一方の当事者に意識的に肩入れすることはあり得ない。したがって、裁判官がそれまでの審理で形成した心証を開示したからといって、その裁判官が不公平だとか不公平さを露わにしたとかいうことにはならないのは明らかである。とはいえ、裁判官が何らの根拠も示さずにただ心証（結論）を開示したのでは、外形的には、「正当な心証開示」なのか「偏った肩入れ」なのかの区別はつかず、公正らしくなく映ることも否定できない。従来言われてきた「公平性を害する」というのが、結論のみを開示するというやり方に向けられたものであれば、ここでも、結論だけでなく根拠も含めて開示することが求められるということに尽きる。

そもそも、裁判作用（すなわち、裁判官が訴訟進行中に何を考えているのか）とは、どういう営みかを考えてみる必要がある。この点について、「法規を大前提として、事件についてその要件事実当たる事実を認定して、法規の定める法律効果の発生を具体的に判断する三段論法」とされるが<sup>60)</sup>、これを文字通り捉えると、一義的な法律要件に一義的に認定した事実を当てはめれば機械的に結論が出るかのような印象を与えがちだが、もちろんそうではない。我妻栄教授は、次のとおり述べる。「法律という『物差し』をあてはめて論理的操作をして判断を導くことは、巻尺や台秤によって長さや重さをはかるように簡単明瞭なものではないということである。むしろ、法律という尺度があるから、単

59) 笠井正俊「争点証拠整理のための口頭議論をめぐって」高橋古稀・前掲注49)457頁、465頁。

60) 兼子一・竹下守夫『裁判法（第4版）』301頁（有斐閣、1999）。

なる常識による利害の考量や自由な裁量に比較すれば、客観性があることは疑いない。だが、その尺度の目盛りには、いわば幅がある。同じ尺度ではかっても、目盛りの幅の右端をとるか左端をとるか中央をとるかによって判定の内容が違って来る。むろん、法律家以外の人達がともするというように『法律による判断といっても人によってどうようにでもなる』というものではない。しかし、法律家が自負するほどに、客観性・一律的に明白なものでもない<sup>61)</sup>。我妻教授は、「物差し」である法規範についてのみ言及するが、実は「計る対象」となる事実についても同様であることもある<sup>62)</sup>。物差しにも対象物にも「幅」があり得るからこそ、裁判官は、心証を率直に当事者にぶつけ、証拠の見落としや論理の飛躍があれば、(最終決断を下す前に)その点を指摘してもらいたいと考えるのである。つまり、心証開示は、裁判過程において不可欠なものであり、裁判作用という営みに織り込み済みの要素といえる<sup>63)</sup>。したがって、裁判官が明確に心証を開示することが、その「公平性」を害することにはならない。

裁判官が明確な心証開示をためらう理由の2つ目には、「開示後の代理人の反応」があらう。

確かに、実際の裁判では、どれだけ理解のある代理人であっても、いざ担当する事件の審理途中で不利な心証が開示されれば、不満の色を隠すことはできないということも少なくない。裁判官として、不満を抱いた代理人と対応するのは心理的な負担を増すから、明確な心証開示を避けようとする心理が働くのもよく分かる。また、不利な心証を開示され

た代理人として、忌避の申立て(民訴法24条1項)をするのは論外としても<sup>64)</sup>、更なる主張立証をしようとするのは当然に予想される事態である。追加された主張立証が裁判官の誤解や見落としを正すものであれば極めて有意義であることは当然であるが、それまでの主張をただ繰り返したり感情的に反発したりするだけで徒らに審理が長引いたということも稀ではない。裁判官としては、そのような事態を招くくらいなら、途中で心証開示などせずに判決まで進んでしまおうという気持ちにもなる。

しかし、裁判官が代理人の反応を嫌がって適時に心証開示をせぬまま判決に至るような訴訟進行は、裁判官にとってはもちろん、代理人にとっても不幸なことである。このような事態に陥らないようにするためにも、前記1で見たとおり、あらかじめ「工程感」を提示し「納期」を設定しておくことの意義は大きいし、裁判官としては、その中で最善を尽くすべく、心証形成の根拠を代理人双方に真摯に説明するのが筋だろう。

#### (d) 心証を作りやすくする工夫—口頭のやり取りの励行

他方で、開示に耐え得る心証を形成するのは、実はかなり負担でもある(もやもやと頭に浮かぶまでは良いが、これを言語で表現するのに苦勞することは誰しも経験することであろう。注42も参照)。心証を作りやすくする工夫・運用が必要となるが、実は、心証を開示することが、そのための方策ともなっている。何らの議論も経ずに取り交わされた幾つもの準備書面を読んで独り心証を取って判決を書くよりも、代理人双方と口頭でやり取

61) 我妻栄『法学概論』227-228頁(有斐閣, 1974)。

62) 団藤重光『実践の法理と法理の実践』160頁以下(創文社, 1986)、米倉明『民法の聴きどころ』147頁以下(成文堂, 2003)、藤田宙靖『裁判と法律学』74頁以下(有斐閣, 2016)のほか、穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能(一)」法協77巻6号603頁, 611頁(1961)、西野喜一「裁判官の勉強について—若い人のために—」判タ1191号101頁, 104頁(2005)も参照。

63) 本稿とは趣旨を異にするものの、「争点は所与のものとして客観的、静的に存在するものではなく、当事者がお互いのやりとりによって創造していくものなのである。」との井上治典教授の指摘(井上治典「弁論の条件」三ヶ月古稀・前掲注28)263頁, 281頁)は、本稿と通ずるものがあると個人的には考えている。「法律家とは議論による問題解決者である」とする平井宜雄教授の見解(『判例』を学ぶ意義とその限界)専修ロージャーナル創刊号5頁, 25頁注34(2006)、『『良い』法律論を生み出すために』早稲田法学67巻4号65頁(1992)等)も参考になる。

64) 訴訟手続内における裁判官の審理の方法・態度等は、それだけでは直ちに忌避の理由となし得ない(最判昭和48年10月8日民集27巻9号1415頁)。



りしてきたことをベースにして心証を作り判決を書く方が、トータルの負担はむしろ軽減されるというのが個人的な経験である。心証形成の根拠を含めて心証を明確に開示すれば、その結果として、裁判官と代理人双方との間で（少なくとも不利益な心証を開示された側との間で）口頭でのやり取りが生じ、さらに、誤りの少ない心証形成へとつながれる。これにより、心証開示と口頭議論との「好循環」が期待できる（前記Ⅰのイメージ図参照）。

さらに進んで、代理人の提出する主張や立証について、口頭で要点を述べてもらうのはどうだろうか。実務では、準備書面に記載した内容を朗読することは時間の無駄と考えられてきたが<sup>65)</sup>、1、2分程度で要点を口頭で伝えてもらうだけで、書面を読むだけで起こりがちな読み飛ばしや誤読を避けられるし、事案の全体像や紛争の実情等について認識が深まり、更なる場での質疑応答にもつながる<sup>66)</sup>。

なお、誤り防止のために心証を開示する裁判官であれば、争点・証拠の整理の過程における口頭でのやり取りの中で、当事者・代理人の方から自身に不利な陳述がされても、軽々に自白の成立を認めるとは思えない。自己の行為規範と矛盾するからである。むしろ、気にすべきなのは相手方代理人の反応であるが、裁判官としては、「自白とするには当事者の意思を確認するという運用が適切である」<sup>67)</sup>ことを理解してもらう必要がある。

### c 筆者の提案を踏まえた期待 2

以上に述べてきたような問題意識を持てば、裁判官としては、代理人双方と顔を合わ

せる第1回口頭弁論期日から、その時点での心証<sup>68)</sup>を丁寧に開示する前提で手続を進行させていくことになり、一件ごとの一期日一期日が真剣勝負の場となるだろう。代理人としても、心証開示の目的をちゃんと理解した上で、開示された心証が不利なものであれば、これに反駁できる根拠を示してより説得的な主張となるよう努め、有利な心証であっても、油断せずにその心証を更に補強すべく努めることになる。また、裁判官としては、そのような代理人の訴訟活動を通じて当初の心証が変わったときはもちろん、心証が変わらないときであっても、その旨代理人に伝えるのが、代理人へのフィードバックとしても大事なことである。

そして、三者がこのような問題意識をもって期日に臨めば、その三者とも忙しい中でようやく調整をして開くことができた期日であればあるほど、代理人双方が時間をかけて作成した準備書面をただ「陳述」し、裁判官としてもただ「陳述」してもらうだけではもったいないという気持ちになるだろう。代理人は裁判官に「書面の要点を述べさせてほしい。」と伝えてみようということになるだろうし、裁判官は代理人に「書面の要点を述べてもらえないか。」と促してみようということになるだろう<sup>69)</sup>。これにより、審理の初期段階から三者間の認識の齟齬などは避けることができる。

また、期日において口頭でのプレゼンテーションが予定されている書面とそうではない書面とでは、自ずと書面の内容も変わるのではないだろうか。代理人としては、こう書くとかあ突っ込まれるかもしれないからこの辺

65) 三木ほか・前掲注13)181頁〔三木浩一〕。

66) 口頭でのやり取りの前提として、裁判官は、当事者・代理人の言い分をよく「聴く」必要があることはもちろんである。なお、近時の口頭議論の活性化の取組等に関する文献として、林潤「福岡地裁における民事訴訟の争点整理の充実に向けた取組について」民訴雑誌61号168頁（2015）、佐久間健吉「争点整理における口頭議論の活性化について」民訴雑誌64号158頁、163頁（2018）がある。

67) 高橋・前掲注12)171頁。

68) 裁判官としては、事件受理の段階から「事件のスジを見立てて早くも見通しを立てる」ところ（門口正人「法服と平服から見た民事裁判」『現代法律実務の諸問題（平成26年度研修版）（日弁連研修叢書）』283、292頁（第一法規、2015））、これも、当該時点での情報限りという留保は付くものの、一つの「心証形成」と言ってもよいと思われる。

69) 小島ほか・前掲注3)137頁〔那須弘平〕、竜寄喜助「市民のための民事訴訟（上）」判タ450号6頁、9頁（1981）参照。

りまでにしておこうとか、ここは突っ込まれてもいいようにしっかり論じておこうということを、今より真面目に考えて起案するようになるのではないだろうか<sup>70)</sup>。裁判官としては、代理人との間で交わされたあの時の議論に意を用いて判決書の起案に当たるようになるのではないだろうか。

適時適切な心証開示やこれにより促進された口頭議論等を通じて、裁判官の心証を変えたり(変えさせたり)、心証は変わらないまでも判決で明確に応答したり(応答させたり)したケースが増えれば、法律実務家集団(業界)として、書面の交換だけでは産み出されなかった紛争解決の在り方が共有・醸成されることになる。今後、実務家となる学生の皆さんには、そのための「一歩踏み出す勇気」を期待したい。

## V. 終わりに——将来への期待

本稿は、運用論はシンプルなメッセージであるのが望ましいとの筆者の信念の下、現在の民事裁判実務のうち、良い運用は今後とも続けていくべきであり、悪い運用は改めていくべきであるという当たり前のことを、今後法律実務家となる学生の皆さんに改めて伝えようとしたものである。

とはいえ、実務は「岩盤」である。慣れ親しんだ訴訟慣行を変えようとはせず、むしろ、これに新規参加者を順応させようとするモーメントが働き得る。なるほど、実務で行われている運用に常に一定の合理性があることは事実であるが、問題は「合理性」の中身である<sup>71)</sup>。本稿Ⅲでは、現在の民事裁判実

務におけるその合理性について、本稿Ⅳでは、合理性があるとは思われない実務の運用について、学生の得心が得られるように筆者なりの説明を試みたつもりである。

また、これまでも、民事の模擬裁判は、法科大学院発足以前から実務教育として(司法研修所などで)行われてきたし、法科大学院の発足後は、多くの法科大学院でも長年にわたり行われているのに、民事裁判の現実は一方向に変わっていないではないかという冷やかな見方もあり得よう。この点については、法科大学院での実務教育(民事の模擬裁判)が実務の「合理性」を学生に理解させること、うがって言えば、「実務への馴化(同化)」を図らずも志向してきたきらいがなくなかったとすれば(本稿Ⅰ参照)、ことは民事実務のみに止まらず、民事実務教育をも改善していく必要があるということなのかもしれない。しかし、改善の可能性がなお残されている限り、ただ過去を悔いるのではなく、法科大学院が、すぐそばに多くの研究者教員がいる<sup>72)</sup>という贅沢な環境であることを今一度確認してはどうだろう。法科大学院教育が今でも理論と実務の架橋を志向するものである以上、そこで行われる民事模擬裁判としては、「実務の良き批判者」たる研究者教員がときに加わり、実務家教員との間で、実務の運用について、それこそ口頭議論を展開するといった趣向を凝らすなど、もう少し欲張ったものであってもよかったのかもしれないなどと、ここでも少しばかり反省している<sup>73)74)</sup>。

これまで20年以上実務に我が身を置き「岩盤の一部」となっている筆者が、ここぞとば

70) 「準備書面でよく見かける情緒的で内容空疎な表現」(柏木昇「法曹養成と大学における実務教育」法協118巻12号33頁, 62頁注54(2001)参照)のようなものも、少なくなることも期待できるのではないかと。

71) 山本和彦「民事手続法研究と実務展開」伊藤眞ほか編『これからの民事実務と理論』219頁(民事法研究会, 2019)参照。

72) 「すぐそばに」というのは、同じキャンパス内という場所的・時間的な意味でもあり、日ごろから授業を受けている学生にとって親しみやすいという心理的な意味でもある。

73) 「少しばかり」と控えめな表現にとどめたのは、筆者としても、研究者教員の多忙さ、専門分野の多様性を実感したからにはほかならない(高橋宏志「民事訴訟における実務慣行——研究者の立場から」判タ986号92頁, 93頁(1999)も参照)。

74) 2020年は、新型コロナウイルスの感染拡大の中で、法科大学院の授業形態自体がリモート化し、「民事模擬裁判」についても、これまでのやり方が大きく変わったものと推察する。仮に、やり方が抜本的に見直されたとすると、「民事模擬裁判」という実務教育によって学生が修得すべきものは何か、という本質的な議論が改めて行われることになるかもしれない。

かりに学生の皆さんに期待するのもしさか厚かましい気もするが、その厚かましさを押ししても本稿を記したのは、この3年の間、学生の可能性を目の当たりにし続けたからにはほかならない。実務の運用を維持する場面であってもこれを改善する場面であっても、新しき者たちの「弛まぬ努力」と「一步踏み出す勇気」を必要とするが、学生の皆さんには十二分にこれが期待できた<sup>75)</sup>。これから民事裁判実務に参入してくる学生の皆さんが、筆者のささやかにすぎる提案などにとらわれることなく、柔軟な発想<sup>76)</sup>を持って、在るべき民事裁判の実現に寄与することを祈念し、本稿を終える。

(もり・けんじ)

75) 法科大学院出身の法律実務家による提言として、例えば、石本恵「民事訴訟の争点整理手続の充実に向けた取組について—新人弁護士でもできる書面上の工夫」判タ 1435 号 55 頁 (2017) がある。

76) 2020 年 11 月現在、法制審議会民事訴訟法 (IT 関係) 部会では、いわゆる民事司法の IT 化と共に、IT ツールの特性を活かして、当事者の予測可能性を高めるために審理期間の定めなどがある特別な訴訟手続の創設についても議論されている ([http://www.moj.go.jp/shingil/housei02\\_003005.html](http://www.moj.go.jp/shingil/housei02_003005.html), 2020 年 11 月 30 日最終閲覧)。

## 投稿論稿選出理由

### 偽計による証拠収集

#### ——アメリカ法の観点から——

吉原 潤

本論稿は、わが国の捜査機関が行う証拠収集において、偽計的手段が用いられた場合の適法性判断枠組みについて、アメリカでの同意捜索の議論を出発点として明確化を試みるものである。

編集委員会として次の点を評価した。

- ・ 捜査機関による偽計が対象者の同意の有効性にどのように影響するかという、わが国では未だ詰めた議論がなされていない問題について、一定の新規性ある結論を導いている。
- ・ 同意捜索に関するアメリカの裁判例を詳細に分析、検討したうえでアメリカでの枠組みを整理しているほか、その枠組みの日本法への適用も正確になされており、この問題について新たな解決策を示すものとなっている。
- ・ 信義則に基づく証拠制限という、新たな視点を提供しており学術的価値が高いといえる。
- ・ 「偽計による証拠収集」の適法性判断枠組みにフォーカスされた議論がなされているため、何のための議論であるかが明確であり、非常に好印象である。

一方、審査会議では、アメリカの議論の紹介にとどまるのであればともかく、日本における問題の解決まで示すというのであれば、アメリカの裁判例が示す基準の妥当性自体について検討し、自らの意見を示すことが必要ではないかという点、「刑訴法上は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」（本論稿 27 頁）との理解は不正確ではないか、少なくとも別件逮捕の例のみでは根拠として不十分ではないかという点につき議論がなされた。

しかしながら、前者について執筆者は、アメリカ裁判例に対するアメリカの研究者等の中で有力な見解を前提としており、その見解を前提にすること自体に一定の説得性があるといえ、また、後者についても、本論稿の核心部分に与える影響は少なく、上記の指摘をもっても本論稿の価値が減殺されるものではないとの評価に至った。

以上より、本論稿は、法科大学院生の論稿として論理的精確性及び新規性が共に一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者による一定の補正・追記がなされた。



## 執筆者一覧

- 吉原 潤      2019年4月既修コース入学  
川出敏裕      大学院法学政治学研究科教授  
森 健二      大学院法学政治学研究科前客員教授・司法研修所教官

## 編集委員一覧

### 学生編集委員

中野 駿 新井 周 池田美尋 石黒 駿 植田美依奈 長船 源  
小俣雄基 片山あず 永井 清 原澤翔多 森真奈美 山田裕規

### 教員編集委員

橋爪 隆      大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長  
松井智予      大学院法学政治学研究科教授  
中原太郎      大学院法学政治学研究科准教授

## 編集後記

2019年晩秋、銀杏の実が落ちる頃、編集委員長の大役を拝命した。次の実が実る頃には職責を果たせらるうと予想していたのも束の間、コロナウィルスの脅威によりその予想は早々に外れることとなった。この編集後記を執筆している2021年1月現在、辺り一面は既に、一葉も残さぬ冬木立の装いであるものの、次の新葉が芽吹く頃には職責を果たせようである。

まずは、本巻に論稿を投稿していただいた方々に対して、査読及び編集作業が当初の予定より大幅に遅れてしまったことをお詫びしなければならない。この場を借りて、お詫びする。

さて、本巻の編集後記を記す上で避けて通れないのは、やはりコロナウィルスの影響であろう。昨年4月、緊急事態宣言の発令に伴い大学図書館が閉鎖されたことで、文献収集が一時困難となり、査読は困難を極めた。それでも、我々編集委員には、忙しい法科大学院の学業の傍らで論稿を執筆された方々の並々ならぬ知的探究心と熱意に応えるべく、執筆者と比肩しうる程の熱意と時間を捧げて全ての投稿論稿と向き合う責務がある。想定外の事態により査読には時間を要したものの、今期もしっかりとこの責務を果たせたものと考えている。

しかし、我々がこの責務を徹底すればするほど、審査が厳しくなる傾向にあるように感じる。読み込むほどに論稿の欠点が浮かび上がってくることは仕方のないことであり、そのような姿勢が間違っているわけではない。だが、審査の厳しさ故に投稿自体を敬遠されてしまっただけでは元も子もない。本誌の創刊時に掲げられた「編集方針」を見ると、本誌には、法科大学院生の「研究成果公表の場」として「良い動機付け」になるように、との願いが込められている。審査の厳しさと投稿の動機付けのバランスを取ることが、本誌の現状において最大かつ喫緊の課題であろう。少なくとも現状言えるのは、我々が投稿論稿に求める質は、法科大学院生の論稿としての質であり、研究者教員と同等の質ではないということである。このことを、これから本誌への投稿を考えている方々にはもちろんのこと、これから編集委員になる方々にも今一度強調しておきたい。その上で、「法科大学院生の論稿としての質」とは何かということを、自問し続けていただきたい。

このような観点から本巻に投稿された7編の論稿を顧みれば、いずれも高い水準にあったことは疑いの余地なく、議論の紛糾が必至であったことを認めざるを得ない。残念ながら不掲載となった方々に対しては、希望する場合には不掲載理由を送付している。是非とも参考にしていただきながら、その並々ならぬ知的探究心と熱意を、引き続き本誌に傾けていただければ幸甚である。

最後に、編集委員の中には、直近に司法試験を控えながら編集委員会の活動にあたる者も多くいる。特に、今回は司法試験が延期され、とてもストレスフルであったと思われる日々の中で、司法試験の勉強と編集委員会の活動を両立してやり遂げてくれた優秀な同期の編集委員各位には、最大限の敬意を表したい。そして何よりも、コロナ禍で社会的にも厳しい状況の中、校正作業やスケジュールの延期にも柔軟に対応していただいた株式会社商事法務の皆様、大学院関係者各位のご助力がなければ、こうして本巻を世に送り出すことは叶わなかっただろう。改めて、ここに拝謝の意を表するとともに、本誌の更なる発展を祈念して、欄筆とする。

東京大学法科大学院ローレビュー第15期編集委員長 中野 駿

## 東京大学法科大学院ローレビュー Vol.15 2021年4月発行

The University of Tokyo Law Review

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033

東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail: sl-r@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、E-mailにてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。