

# 欺罔的捜査に関する覚書（二）

鈴木 一 義

はじめに

第一章 相対的に消極的な欺罔を用いた捜査の例

第一節 偽計を用いた令状の執行

第二節 目的を隠した任意同行

第二章 相対的に積極的な欺罔を用いた捜査の例

第一節 偽計または錯誤を利用した採尿等の行為

五（以上、第一二五卷第三・四号）

第二節 令状発付を装って行う任意捜査

第三章 欺罔的捜査への対応

第一節 課題の摘示

第二節 アメリカ合衆国における議論動向

第一款 アメリカ合衆国における欺罔的行為（以上、本号）

おわりに

欺罔的捜査に関する覚書（二）（鈴木）

## 第二章 相対的に積極的な欺罔を用いた捜査の例

### 第一節 偽計または錯誤を利用した採尿等の行為

六(1) 第二に、警察官らが、身柄を拘束されおらず、相手が警察官であることを認識していない被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、その儘廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為は、合理的に推認される被告人の黙示の意思に反して個人識別情報を無闇に捜査機関によって認識されないという重要な利益を侵害しており、強制処分<sup>(55)</sup>に該当し、令状によることなくされた本件行為が違法である上、本件行為及びこれに引き続く一連の手續には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、逮捕後に任意提出された口腔内細胞のDNA型に関する鑑定書を証拠として許容することは将来における違法捜査の抑制の見地から相当でないとして、上記鑑定書は違法収集証拠として証拠能力を否定すべきであるとした事例として、東京高判平成二八年八月二三日(確定)<sup>(56)</sup>がある。犯罪捜査においては、犯行現場に遺留された物等から指紋が検出されたり、DNAサンプルが採取されてそのDNA型が判明したりするので、これらと対照するための資料を被疑者その他関係者から入手する必要が生ずることがあるけれども、相手方に捜査対象としていたりすることや捜査目的を察知されると、資料採取に対する協力を拒否されるに止まらず罪証隠滅や逃亡を招くことになる場合もあり得るところであり、捜査機関としては相手方にかかる事情を知られることなく当該資料を入手する手法を採らざるを得ないことがあるが、本件ではこの手法が問題となった。<sup>(57)</sup>

(2) 被告人が、建設会社の作業所内事務所等二か所において、現金等を窃取したなどとして起訴された窃盗、建造物侵入被告事件において、被告人は、荒川河川敷沿いの曝気施設付近にテントを張ってホームレス生活をしてきたところ、平成二十七年一月二十八日、埼玉県警察本部所属の警察官A及びBが、被告人のところへ赴き、話を聞きたいと述べた上、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し、その際、被告人に持参した紙コップで温かいお茶を勧め、被告人が飲んだ後、DNA採取目的を秘し、そのコップを廃棄するとしてAが回収し、その様子をBが撮影していた。そして、被告人が使用した上記紙コップからDNAを採取し、その資料を基に本件公訴事実に係る被告人の逮捕状の発付を得、その逮捕後の同年二月一二日に被告人が口腔内細胞を任意提出し、それについてDNA鑑定をし、本件鑑定書が作成された。かかる事案で、被告人は、公判で、相手は警察官だと名乗らなかつた、名乗っていたらお茶を飲んだりはしていなかつた、自分が河川敷でホームレス生活をしたことから、従前二月と六月の年に二回、国交省から警告書を渡されており、本件の遣り取りは、その事前調査のようなものだと思っていた、相手はホームレスの話ししなかつたので国交省の人間だと思った、写真を撮られていたことは知らなかつたと述べ、弁護人は、被告人の供述を受けて、被告人のDNAサンプル採取手続について、警察官がDNA採取の目的を秘し、警察官であると名乗らず、同意のない儘被告人の写真撮影をし、あたかもホームレスの調査であるかのように装って被告人にお茶を飲むよう勧め、被告人が使用した紙コップを廃棄するかのよう申し向けた上で回収し、そのコップに付着した被告人の唾液を鑑定したものを被告人の逮捕状請求における疎明資料としたことが違法であり、違法な逮捕を利用して得られた本件鑑定書は、違法収集証拠であつて証拠能力はなく、証拠排除されるべきであると主張した。

一方、警察官Aは、公判で、証人として、本件公訴事実の犯人が遺留したと思われるDNAが採取されており、DNAデータベースに一致するものがなかったことから、平成一七年のDNAデータベース化後にDNAの鑑定対象になつていない者で、埼玉県の南部方面を中心に建設中の仮設事務所から現金やお菓子等を盗み、現場で食べ物を食べるといった犯行の手口等を基に犯人を絞り込んだ結果、その犯人が被告人であろうという目星は付いていた、被告人からDNAを採取する方法を検討するに当たり、被告人が河川敷の曝気施設にホームレスとして住んでおり、被告人に気付かれず被告人のテント付近に近づくことは困難であること、猫を多数飼っていたため、本人と猫が使用したものの区別が付かず、特定出来ないことから、ごみ等からDNAを採取することは断念した、長年偽名でホームレスとして生活していることから、任意でのサンプル提出の了承を得ることも困難であろうと判断し、令状による場合には、鑑定結果が出る迄の数日の間に本人がいなくなる可能性があるため不相当であると判断した、一方で、当時窃盗現場に遺留された飲食物からDNAが採取されている同じような犯行が次々と時効にかかっており、時効が切迫していたという時間的な事情もあった、そこで、上司とも相談の上、被告人に直接接触し、DNAの採取目的を秘して、紙コップでお茶を飲むよう勧め、飲んだ紙コップを回収し、DNAを採取することにした、同行したBに対し、被告人と接触している状況、お茶を飲むための紙コップを被告人が使っている状況、そしてその紙コップを回収する状況に加えて、付近の居住状況、テントの様子や曝気施設の周りのごみの様子などを写真に収めるようにと話した、警察官であることは、曝気施設付近にいる被告人に近づく段階で、警察手帳を見せながら説明した、Bが写真撮影するに当たり、被告人には、住んでいる様子、周りの様子、今話している様子も写真に撮ると説明した、そして、被告人と接触している間、被告人の生活状況や気候の話、食事の話、生活費や猫の世話の話など生活実態の話や、周辺に居住するホー

ムレスの話などを河川事務所から入手した資料を見せるなどしながらした、A B両警察官は、いずれも黒っぽい帽子、ジャンパー、ズボンをそれぞれ着用していた旨を供述した。

(3) このように、被告人の供述とAの供述は食い違ったが、第一審判決（さいたま地裁平成二七年九月一七日判決）は、A及びBが目的を秘してDNAのサンプル採取をする必要があったこと、当日の服装が警察官と一見明白なものではなかったこと、被告人との遣り取りが、国土交通省が例年警告書を発する時期に、河川事務所から入手した資料を示しながらなされ、話題も他のホームレスについての話などであったこと、被告人が前科等の存在から警察官に対して強い警戒心を有していたことが窺われ、Aらも当然これを予測していたからこそ採取目的を秘すという手段を選択したものであることからすれば、むしろ警察官と名乗らなかったという被告人の供述の方が当時の客観的状況と符合して自然であるなどとして、Aらが被告人に対して警察官であると名乗った事実及び被告人から写真撮影の同意を得た事実は認めなかった。しかし、第一審判決は、捜査の違法性に関しては、DNA採取目的を秘して被告人に使用したコップの管理を放棄させ、そこからDNAサンプル採取すること自体は、何等被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりした訳ではない（従って、高度の必要性と緊急性、相当性が認められる限りは、令状によらずとも違法とは言えない）ことを指摘した上、当時の被告人の生活状況等に照らせば、DNAサンプルの任意の提供、令状による場合、ごみ等による採取のいずれの手段においても難点があった一方、時間的に時効が切迫しつつあるという状況にあった点については、Aの供述の信用性を認め、本件においては、DNAサンプルの採取についての高度の必要性、緊急性が認められ、Aらが警察官であることを明らかにせず、採取目的を秘したとしても、積極的に虚偽の事実を述べた訳でもなく、相当性を欠いて違法であると迄は言えないとして、捜査の違法性を認めず、本件鑑定書

の証拠能力を認め、本件公訴事実についても被告人を有罪であると認定した。

(4) これに対して、被告人は、原判決は、鑑定書を窃盗の事実の証拠として挙示して、被告人に原判示の事実を認定したが、本件鑑定書は、違法収集証拠であり証拠能力がないから、その証拠能力を認めた原判決には、訴訟手続の法令違反があり、原判決が挙示するその余の証拠によっては、被告人に原判示の事実を認めることは出来ず、被告人は無罪であるから、原審の訴訟手続には、判決に影響を及ぼすことが明らかかな訴訟手続の法令違反がある旨主張して控訴した。これについて、東京高等裁判所は、大要、以下の通り判断した。

(A) まず、本件において警察官らが用いた捜査方法が、任意捜査の範疇に止まり、任意捜査の要件を充足すれば許されるのか、それとも強制処分に該当し、これを令状によらずに行つた本件捜査が違法であるのが問題となるが、強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであると解される（最高裁昭和五一年三月一六日第三小法廷決定）。

本件におけるDNAサンプル採取手続の事実経過についての第一審判決の事実認定を前提に検討すると、本件において、Aらは、Aらが警察官であると認識していたとすれば、そもそもお茶を飲んだりしなかつた被告人にお茶を飲ませ、使用した紙コップはAらによつてその儘廃棄されるものと思ひ込んでいたと認められる被告人の錯誤に基づいて、紙コップを回収したことが明らかである。

そして、ここで言う個人の意思の制圧の意味については、当事者が認識しない間に行う捜査について、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当すると言ふべきであり（最高裁平成二二年九月

二八日第三小法廷決定参照)、本件警察官らの行為は、被告人の意思を制圧して行われたものと認めるのが相当である。

(B) 次に、第一審判決は、本件警察官らの行為は、何等被告人の身体に傷害を負わせるようなものでなく、強制力を用いたりした訳ではないと評価するが、確かに、相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとは言えず、法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害乃至制約を伴う場合に初めて、強制処分に該当すると言うべきであると解される。本件において、警察官らが被告人から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれるDNAを入手し鑑定することによって、被告人が窃盜被疑事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証拠を入手するためである。警察官らの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、何等被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりした訳ではなかったと言っても、DNAを含む唾液を警察官らによって無闇に採取されない利益(個人識別情報であるDNA型を無闇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解するのが相当である。以上に照らすと、本件捜査方法は、強制処分に当たると言うべきであり、令状によることなく身体を拘束されていない被告人からその黙示の意思に反して唾液を取得した本件警察官らの行為は違法と言わざるを得ない。

(C) 警察官らの違法な行為によって採取された被告人の唾液から判明した被告人のDNA型等を基に、本件公訴事実を被疑事実とする被告人に対する逮捕状が発付され、逮捕後に被告人から任意提出を受けた口腔内細胞についてDNA鑑定をした結果を記載したものが本件鑑定書である。

そこで、次に、①本件警察官らの行為の違法性は、被告人の口腔内細胞の採取手続の適法違法の判断には影響を及

ばさないこととなるのかどうか、②被告人の口腔内細胞の採取手続が違法を帯びると認められる場合、本件警察官らの行為及びこれに引き続く一連の手続において得られた証拠は、違法収集証拠としてその証拠能力を否定すべきかどうか、が問題となる。

前記①の問題については、本件口腔内細胞の採取手続は、任意処分による鑑定資料の採取という経過を辿っているとは言っても、本件警察官らによる違法な唾液の採取に基づく違法な逮捕状の発付、その執行による違法な身柄の拘束下において行われものであって、被告人のDNA型を明らかにするという同一の捜査目的のために、違法な身柄の拘束を直接利用して行われたものであるから、本件口腔内細胞の採取手続も違法を帯びるものと解するのが相当である。

前記②の問題については、警察官らが本件捜査方法を選択した理由は、上司とも相談の上、令状を取得した上で被告人から唾液を採取するという令状主義に則った方法を回避する目的で採用されたもの、即ち令状主義を潜脱する目的で採用されたものであることが明らかである。Aらが、令状取得を回避した理由は、まず、鑑定結果が出る迄の数日の間に本人がいなくなる可能性があるというものであるが、捜査機関において、その間の被告人の所在の把握が可能でないとは言えず、鑑定結果が判明すれば、その情報を得て被告人を緊急逮捕することも可能であったと言えるから、上記理由は令状取得を回避したことを許容する事情とは言えない。次に、Aは、令状取得を回避した理由につき、窃盗現場に遺留された飲食物からDNAが採取されている同じような犯行が次々と時効にかかっており、時効が切迫していたという時間的な事情もあったと供述するが、当審（控訴審）における事実取調べの結果によれば、犯行現場の遺留鑑定資料から判明したDNA型が被告人のものと一致する窃盗被疑事件合計一一件の内、最も古い事件につい

ては平成二六年一二月に時効が完成しているものの、次に古い事件の時効が完成するのは平成二七年一月であり、同じような犯行が次々と時効にかかっており、時効が切迫していたという事情は、事実取調べの結果に反している。更に、Aは、第一審において、Aが被告人に警察手帳を示して警察官であると名乗った事実及び被告人から写真撮影の同意を得た事実を供述するが、Aの前記供述は、第一審判決が正当に指摘する通り、信用することが出来ない。以上検討したところによれば、本件捜査方法は、警察官らが、上司とも相談の上、最初から令状主義を潜脱する目的で採用されたものであることが明らかである上、Aにおいて、本件捜査方法を採用したことを合理化するため、第一審の公判廷において、真実に反する供述、信用することの出来ない供述を重ねているという事情も認められる。従って、本件警察官らの行為及びこれに引き続き一連の手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、本件鑑定書を証拠として許容することは将来における違法捜査抑制の見地から相当でないと言うべきであるから、本件鑑定書については、違法収集証拠としてその証拠能力を否定すべきである。

(D) 本件鑑定書を除いて、第一審判決が証拠の標目欄に挙示する証拠によっては、本件公訴事実について、合理的な疑いを超えるまでの立証が尽くされているとは言えないから、被告人は無罪である。

(5) 本判決は、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するもの」との判断を示した最高裁第三小法廷決定昭和五一年三月一六日決定の基準について、「個人の意思の制圧」の要件を「相手方の明示又は黙示の意思に反すること」と、「身体、住居、財産等に制約を加えて」の要件を「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を加えた場合」とそれぞれ読み替えて強制処分(捜査)

と任意処分（捜査）とを区別する見解に沿った判断基準を示したと言える。<sup>(58)</sup> 本判決の事案は、第一に、警察官と名乗らずに採取目的を秘して被疑者の錯誤を利用した点で、前記本節五の唐津支部決定と類似の構造を有する上、第二に、個人識別情報であるDNA情報の無断採取は被疑者の合理的意思に反し、無闇に採取されない利益が重要な利益であると明言しており、唐津支部決定以上に端的に問題が提起されていると言える。<sup>(59)</sup> そして、本判決の具体的適用については異論もあり得ようとも指摘されている。<sup>(60)</sup>

具体的には、本判決に対しては、例えば、以下のような異論が提起されている。即ち、

① 強制処分を要求して保護する必要がある程に重要な権利・利益に対する実質的な制約があったと言えるかについては、被疑者は本件紙コップを相手方（警察官）に廃棄して貰う意思で、これを手渡しその占有を廃棄するのであるから、その後の本件紙コップに係るプライバシーの利益は、公道上のごみ集積所に排出されたごみの領置についての最決平成二〇年四月一五日を前提とすれば、強制処分を要求して保護する必要がある程に重要な権利・利益であるとは言えない。そうすると、残る問題は、本件紙コップの占有自体の権利・利益についてどのように考えるかであり、具体的には、相手方が捜査機関であることまたはDNA採取目的であることを知っていたら本件紙コップを手渡さなかったという（動機の）錯誤があることにより、本件紙コップの占有の権利・利益に対する実質的な制約があったと言えるかが問題となる。しかし、仮にこれを肯定した場合は、捜査機関としては、本件紙コップを受け取るに当たり、自己が捜査機関であること及びDNA採取目的であることを秘してはならないことになるが、捜査は密行的に行われるものである点、流動的なものである点に鑑み、捜査機関がそのような告知義務・説明義務を負うとは考えられず、また、かかる考え方は、凹捜査についての最決平成一六年七月一二日や秘密録音に関する現行法の立場とも整

合しないと考えられる（最決平成一六年七月二日における囲捜査の過程において、被告人の個人識別のためにDNA型鑑定を行う意図を有する捜査官が、その意図を秘して、被告人から大麻の状態を確かめるための取引サンプル等の名目で、実際には当該容器等をDNAサンプルの採取の対象とする目的をもって、ビニール袋その他の容器に入った大麻樹脂の交付を受けた場合には、それ自体も囲捜査であり、最決平成一六年の判示を前提とすると任意処分として許容されるところ、本東京高判平成二八年の判示を前提とすると、かかる方法による大麻樹脂の入手が強制処分となりかねない。また、捜査官が被疑者その他の関係者と会話をするに当たり、その内容を相手方に告げずに録音する秘密録音に関して、通信当事者のいずれかの同意がある場合にその内容を知るために通信を受けることや、相対して行われる会話をその一方当事者の同意を得て録音する行為については任意処分に該当すると捉える見解が有力であるのに対して、本東京高判平成二八年の判示を前提とした場合、捜査官が、捜査活動として情報を得る目的で、自己の身分を明かさずに、且つ会話を録音することも告げずに、会話内容を録音することは、合理的に推認される当事者の意思に反することにならうし、会話の内容によっては、法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益の侵害乃至制約が認められる可能性がある。従って、本件紙コップを手渡す際に被疑者に前記錯誤があつたとしても、本件紙コップの占有の権利・利益に対する実質的な制約は生じないと言うべきであり、結局、本件捜査方法は、強制処分を要求して保護する必要がある程に重要な権利・利益に対する実質的な制約を伴うものではない。<sup>(6)</sup>

② 個人の意思の制圧があつたと言えるかについても、一般論としては、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に含まれると言い得るが、この議論は、通信・会話の傍受のように、被処分者が自己の権利・利益が制約されていることを知らない場合を念頭に置いたものであり、これを形式的に本件捜査方法に当て嵌めるのは適當でない。捜査機関が、自己が捜査機関であること及びDNA採取目的であることを明らかにすべ

き義務を負うものでない以上、前記の錯誤があったとしても、個人の意思の制圧があったことにはならないと言わなければならない。<sup>(62)</sup>

③ 「合理的に推認される当事者の意思に反する場合」を、特定の捜査手法に関してではなく、当事者が認識しない間に行う捜査一般につき、「個人の意思を制圧する場合に該当する」とした判示には問題があり、「合理的に推認される当事者の意思に反する捜査が違法である」という点を一般化すると、「相手に捜査目的であることを説明しない処分」が個人の意思を制圧する場合に該当する可能性がある。当事者が認識しない間に行う捜査、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、捜査目的を告げないで捜査する場合には令状が必要であるとする基準は、余りに抽象的で曖昧である。<sup>(63)</sup>

④ 東京高判ではDNA情報が犯人性を見極める決定的な証拠であることに重点が置かれているが、疑問が残る。個人を識別されない権利・利益は、道徳的自律権に直接関わる訳ではないという意味で、「個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報」と迄は言えないであろうから、寧ろ「プライバシー固有情報」に比べてその重要度が質的に劣ることになり、その保護の程度が低下することはやむを得ないであろうという意味で、個人識別情報の取得は、質量共に必ずしも重要な権利・利益の侵害と迄は言えないと考えることも出来る。<sup>(64)</sup>

以上のような点である。

(6) いずれにせよ、本判決は、本事例における捜査方法を強制手段に該当すると判断したが、本件捜査方法は、対象者を錯誤に陥れてDNAサンプルを採取するというものであり、本件捜査方法をその儘許容するような令状は凡そ考えられないから、本判決は新たな捜査方法の可能性を検討するようなものではなく、任意捜査の限界についての事

例判断としての意義を有するに止まると評されている。<sup>(65)</sup> 既に触れた通り、本判決は、個人識別情報であるDNA情報の無断採取は被疑者の合理的意思に反し、無闇に採取されない利益が重要な利益であると明言して、唐津支部決定以上に端的に問題が提起されていると考えられるから、上記異論でも言及されているように、個人識別情報であるDNA情報の無断採取が被疑者の合理的意思に反し、無闇に採取されない利益が重要な利益であるか否かが、ここにおいて重要な争点になっていと言えよう。

七 既に触れたように、被疑者が自らの意思で尿を自己の占有外に出すと判断している以上、尿を提出する点について被疑者に錯誤はないと捉える見解が有力に主張されている。<sup>(66)</sup> かかる見解を、佐賀地方裁判所唐津支部平成二八年六月八日決定や東京高判平成二八年八月二三日に当て嵌めた場合、どのような結論になるであろうか。佐賀地方裁判所唐津支部平成二八年六月八日決定の事案において、被疑者（被告人）は足跡痕を提出する意思はなかったと思われる。また、東京高判平成二八年八月二三日の事案においても、被告人にDNAサンプルを捜査機関に提出する意思はなかったと思われる。ただ、一方で、煙草を勧めて吸い殻から唾液を検出するか、お茶を勧めて茶碗から指紋を取るといった手段を許されないと考える人はまずいであろうと従前から主張されていた点<sup>(67)</sup>をどのように考えるかといったことも応接すべき論点となる。

八(1) 更に、相対的に積極的な欺罔を用いた捜査に該当すると考えて良いと思われる事例として、強制採尿令状を請求する迄の過程における捜査機関の行為を重大な違法と認定し、取得された被告人の尿の鑑定書等を違法収集証拠として排除した東京高判平成二八年六月二四日<sup>(68)</sup>がある。

(2) 本件捜査報告書には、被告人の犯罪歴照会をしたのは三月二五日のみであるのに、翌二六日に犯罪歴照会を行っ

たと事実と異なった記載がある上、A警察官らは、二五日に犯罪歴照会の回答を得た時点から被告人に対し覚せい剤使用の嫌疑を抱いており、二六日に被告人方を訪れた目的も覚せい剤取締法違反の捜査のためであったのに、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚であると判断して行った経過について、被告人がパトカーに乗って本件トラブル（三月二五日午後三時五〇分頃、コンビニの駐車場において、被告人が自動車のドアを隣の自動車のドアに当ててしまったことをきっかけに、被告人と隣の自動車の男性「相手方」が口論となったというもの）に関する話をしていた中で、被告人の言動に不審を抱いたのがきっかけで、被告人の身体の状態等から覚せい剤使用の嫌疑を抱くに足り、更に、犯罪歴照会の結果、注射痕の存在等からその嫌疑が濃厚になっていったと事実と異なる記載がされている。この点、A警察官は、二六日に他の警察官から犯罪歴照会の結果を聞いて被告人の覚せい剤使用の嫌疑を深めた訳ではないから、本件捜査報告書に事実と異なった記載をしたことは明らかである点、被告人に対して覚せい剤使用の嫌疑を抱いた上で被告人を観察し、覚せい剤使用者特有の身体の状態等があると判断したというのと、そのような嫌疑を抱く前に被告人を観察して覚せい剤使用者特有の身体の状態等があると判断し、犯罪歴照会をした結果、被告人に覚せい剤取締法違反の犯罪歴があることが判明したというのでは、覚せい剤使用者特有の身体の状態等があるとの被告人の観察結果に関する証拠価値の判断は相違すると思われる。また、A警察官らが覚せい剤取締法違反の捜査目的で被告人方を訪れたのに、本件トラブルを口実にし、警察署への出頭を求めるなどしたことを本件捜査報告書にその儘記載した場合、強制採尿令状の発付が円滑に受けられなくなる恐れがあると考え、そうした事実を隠そうとした可能性も否定することは出来ず、そうするとA警察官らが三月二五日に犯罪歴照会をした事実等を隠蔽しなければならない理由や必要がないとは言えない点などからすれば、A警察官が、意図的に虚偽の記載をした捜査報告書を疎明資料として、裁判所に対して

強制採尿令状を請求したと認められる。捜査機関が被告人に対する覚せい剤使用の嫌疑を抱き、当該嫌疑が濃厚になつていった経緯は、強制採尿令状の請求を受けた裁判官が令状を発付するに足りる嫌疑があるかどうかを判断する上で重要な事実であるのに、その経緯について意図的に事実と異なる記載をした本件捜査報告書を強制採尿令状請求の疎明資料として裁判所に提出した行為は、令状請求に関する裁判官の判断を歪めるものであり、そのような疎明資料を提出して強制採尿令状を得た捜査手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があると云える。しかも、体調不良のため出頭出来ないと連絡して来た被告人に対し、警察官らが、(三月二六日に被告人方を訪れた目的は覚せい剤取締法違反の捜査のためであつたにもかかわらず) 本件トラブルに関する事情聴取等を口実として、相手方が警察署で待つていゝるかのような嘘を言つて警察署への出頭を求めるなどして、被告人を錯誤に陥れて、立ち去ることが困難なパトカーに乗車させる等した捜査行為は、覚せい剤使用の嫌疑に基づく任意捜査として許容されるものではない——以上のように判断した上で、東京高裁は、そうすると、強制採尿令状の発付を受けて被告人の尿を差し押さえた捜査過程には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、そのような違法な捜査と密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきであると述べ、少なくとも、本件鑑定書に証拠能力を認めることは出来ず、原裁判所がこれを証拠として許容したことは、刑事訴訟法第三二七条に違反する。そして、本件鑑定書が証拠に採用されなければ、他の証拠の証拠能力の有無にかかわらず、被告人が原判示(静岡地方裁判所)の覚せい剤を使用した事実を認定することは出来ないから、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであると判示した。

- (3) このように、経緯について意図的に事実と異なる記載をした本件捜査報告書を疎明資料として強制採尿令状を

得た捜査手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があると捉え、また、警察官らが、本件トラブルに関する事情聴取等を口実として、相手方が警察署で待っているかのような嘘を言って警察署への出頭を求めるなどして、被告人を錯誤に陥れて、立ち去ることが困難なバトカーに乗車させる等した捜査行為は、覚せい剤使用の嫌疑に基づき任意捜査として許容されるものではないと判断しているという点で、——被告人に対して錯誤に陥れたのみならず、裁判所に対して、虚偽の記載をした捜査報告書を疎明資料として強制採尿令状を請求している点で、本節一以下の裁判例と異なる面もあるけれども——、捜査機関による欺罔行為に焦点が当てられている点に注目すべきであろう。

## 第二節 令状発付を装って行う任意捜査

一 まず、覚せい剤不法所持事犯の証拠物である覚せい剤の押収手続に違法があるとしながらその証拠能力を認めたる事例として、名古屋高裁金沢支判昭和五六年三月一二日がある<sup>(69)</sup>。本件は、傷害被疑事件で使用された角材発見のため捜索差押令状により暴力団の事務所を捜索しようとした際、立会いを求めた組員の挙動が不審であったこと等から覚せい剤を所持している疑いを強め、所持品検査に応じるように説得したが、その過程において警察官が令状により捜索に来たものである旨告げ、あたかも令状の効力により所持品提供を求めているような態度を取って所持品検査を行い、これにより発見された覚せい剤の所持事犯の現行犯人として同人を逮捕し、起訴したという事案である。

原審（福井地判昭和五五年五月一五日）は、警察官が令状を得ていたことに乗じて、あたかも被告人の身体をも強制的に検査出来るかのような言辞を用いて被告人に違法な心理的拘束を加え、所持品検査として許される限界を逸脱して本件覚せい剤を発見・押収したことは、令状主義の精神を没却する重大な違法手続によるものとして、覚せい剤の

証拠能力を否定した上、被告人の自白に補強証拠がないことを理由に無罪を言い渡した。

これに対して、検察官から、被告人が事務所外に退出しようとし、或いは落ち着きのない態度を示したりしたため、警察官が被告人を落ち着かせ、所持品検査要求に応じさせようと「搜索令状で搜索に来ている」と説明したもので、被告人の身体に対する搜索を仄めかす意図は全くなく、被告人自身も右説明を誤解することなく所持品検査に応じたこと、仮に被告人において警察官の説明を搜索の申し向けと誤解したとしても、本件所持品検査の必要性・緊急性・侵害される被告人の利益と保護されるべき公共の利益との権衡を考慮すれば本件所持品検査は適法で、これに引き続き被告人の現行犯人逮捕及びその現場での覚せい剤差押も適法であることを理由として控訴申立がなされた。

名古屋高裁金沢支部は、右控訴に対し、所持品検査をする必要性乃至緊急性は十分肯認し得るが、前示所持品検査は警察官らが所持品検査につき被告人の承諾が容易に得られずと見るや、ガサビラでガサするのであるから所持物件全部を提示せよとの趣旨を申し向け、既に被告人に呈示してあつた強制力を有する本件令状の効力により所持品の提示を求めているかのような態度を取つたのは、職務質問及びこれに付随する所持品検査に臨む際の言動として許容し得ない違法なものであるばかりか、その結果被告人が渋々承諾したのに乗じて捜査官（警察官）において被告人の背広上着の左側内ポケットに手を入れて所持品を取り出したり等した上検査した行為は、実質的に見るとプライバシー侵害の程度の高い行為と言わざるを得ず、且つその態様において搜索に類するものであるから、全体的に観察して相当な行為とは認め難く、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと云う他なく、これに引き続き現行犯人逮捕に伴い行われた覚せい剤の差押手続もまた違法と断ぜざるを得ないとしたものの、覚せい剤の証拠能力については、物それ自体の性質、形状に変異を来たすものではないこと、職務質問・所持品検査に際し、警察官ら

に許容される限度を超える所為があつたにせよ、被告人の態度が尋常の域を遙かに超える周章の態で所持品検査に依らず事務所外にいち早く逃走しようとし、それ以前から警察官において得ていた情報もあつて法禁物の所持等を強く疑われる被告人に対し、所持物件の提示方を強く説得しているうち、勢い余つて及んだ程度のものに過ぎないと断ずることが出来、直接強制力を加えて搜索したのではないこと、警察官らの主観的意図も、被告人がどうしても右説得に応じない場合には強制的にその身体の搜索をしようとするにあつたとは到底解されないこと等を理由に、未だ証拠能力を否定しなければならぬ程度の令状主義の精神を没却するような重大な違法があつたとは言えないとして原判決を破棄し、有罪を言い渡した。

二 次に、搜索差押許可状が発付されているように装つて提出を受けた尿の鑑定書の証拠能力が争われた東京地判昭和六二年一月二十五日<sup>(70)</sup>がある。本件は、被告人を被疑者とする窃盜被疑事件により同人を通常逮捕した際に、同人に対しては別件の覚せい剤取締法違反被疑事件について、その住居地を搜索場所とする搜索差押許可状が発付され、搜索実施時期が未定となつている件があつたことから、被告人に尿意のあることを聞き及んだ後者の事件の担当官が被告人から尿の提出を受けるため、右搜索差押許可状等を携えて取調べ室に赴き、被告人に対して採尿に応じるように申し向けて尿の提出を受けたものであるが、弁護人は、被告人が違法な逮捕手続による不当な身柄拘束下の状態で、黙秘権の告知も受けることなく、捜査担当警察官から被告人の住居を搜索場所とする搜索差押許可状を、被告人の尿を差押目的物とする搜索差押許可状と偽られ、その旨誤信して止むなく採尿に応じさせられたもので、尿の採取手続に重大な違法があるから、右公訴事実に関する檢察官請求証拠の内、尿の鑑定嘱託書、鑑定書及び任意提出書は、公訴事実に関する証拠とすることが許されないと主張した。これに対して、東京地裁は、同担当官は被告人宅の搜索差

押許可状が発付されていることを利用し、尿を差押目的物とする搜索差押許可状が存在するかのよう被告人を誤信させる発言をして被告人を欺罔し、その結果、被告人が強制採尿のための令状が発付されていると誤信し、止むなく尿の任意提出に応じた旨の事実を推認せざるを得ず、これによるとその採尿手続には、憲法三五条等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、採取された尿の鑑定書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないとい認められることになるので、尿の鑑定書は証拠として許容されないと判示した。

三 東京地判昭和六二年一月二五日では、採尿に当たって詐術的手段が用いられたもので、しかも、捜査官において搜索差押許可状を得られる見込みがないという認識の下に、尿の提出を拒否すると予想された対象者に対し、本来取るべき令状が取れないがゆえに故意に他の令状を利用したものと云わざるを得ず、令状主義潜脱の意図をもって令状について詐術的手段を用いたという疑念が払拭出来ず、そこに令状主義を没却するような重大な違法があるとの評価を受けてもやむを得ない面があるところ、名古屋高裁金沢支判昭和五六年三月一二日では、任意採尿でなく職務質問及びこれに附随する所持品検査の違法が問題となったものであること、捜査官において令状主義潜脱の意図があるとは認め難いこと等において事案を異にするため、名古屋高裁金沢支判昭和五六年三月一二日は東京地判昭和六二年一月二五日の先例として必ずしも適切なものとは思われないと評されている。<sup>(72)</sup>但し、二つの裁判例ともに、令状がないのに存在するかのよう装って押収乃至所持品検査を行うこと自体は令状主義違反と捉えていても解される。<sup>(73)</sup>

## 第三章 欺罔的捜査への対応

### 第一節 課題の摘示

一 第一章・第二章で検討して来た各裁判例を振り返ると、相対的に消極的な欺罔を用いた捜査中、偽計を用いた令状の執行については、令状が適法に発付されている以上、令状主義潜脱の問題は生じず、偽計が手続の適法性に与える影響は相対的に小さいとも言い得るであろう。次に、目的を秘した任意同行については、当該任意同行を適法とした東京高裁昭和六一年一月二九日判決も、結果として採尿手続自体が被告人の自由な意思での応諾に基づき行われていることなどの事情に鑑み、尿の鑑定書の証拠能力を認めた最高裁第二小法廷昭和六一年四月二五日判決も、結論は妥当と思われるが、同行に関して言えば、被告人が任意同行されていることに同意を与えていたか、任意同行されていること自体に同意をしていなかった（気付いていなかった）かで区分する議論にも相応の説得力はあるものと思われる。

二 そして、相対的に積極的な欺罔を用いた捜査中、令状発付を装って行う任意捜査については、事案の違いはあるにせよ、また、重大な違法と迄解するかは格別、令状がないのに存在するかのように装って押取や所持品検査を行うこと自体は令状主義違反と捉えることが可能であろう。ただ、偽計または錯誤を利用した採尿等の行為について、個々の裁判例の結論は多くの場合妥当と思われるが、騙して取ったか、黙って取ったか、積極的な欺罔の存在、当該尿などを捜査機関に提出するか否かについて錯誤がないといった判断ファクターで、近時の佐賀地方裁判所唐津支部平成

二八年六月八日決定や東京高判平成二八年八月二三日を説明出来るかについては、疑問なしとしない。佐賀地方裁判所唐津支部平成二八年六月八日決定や東京高判平成二八年八月二三日の事案がいずれも黙って取った事案に近いと見れば、いずれも適法と言い得るにもかかわらず、両裁判所において当該捜査手法には重大な違法があるとされた。他方、既に触れたように、被疑者が自らの意思で尿を自己の占有外に出すと判断している以上、尿を提出する点について被疑者に錯誤はないと捉える見解を、佐賀地方裁判所唐津支部平成二八年六月八日決定や東京高判平成二八年八月二三日に当て嵌めた場合、佐賀地方裁判所唐津支部平成二八年六月八日決定の事案において、被疑者（被告人）は足跡痕を提出する意思はなかったと思われ、東京高判平成二八年八月二三日の事案においても、被告人にDNAサンプルを捜査機関に提出する意思はなかったという結論になるように思われる。このように偽計または錯誤を利用した採尿等の行為の領域においては、判断ファクターの深掘りが必要になると思われる。

三 そして、かかる議論の深掘りのためには、既に触れたように、同意搜索の論点などにつき、議論の蓄積があるアメリカ合衆国の議論状況を参酌してみることに一定の意味があると考ええる。

## 第二節 アメリカ合衆国における議論動向

### 第一款 アメリカ合衆国における欺罔的行為

一 アメリカ合衆国においても、捜査官は捜査の過程において欺罔行為をしばしば用いる。例えば、捜査官は、被告人から自白を得ようと考えて、犯罪現場で被疑者の指紋が発見された旨を被疑者に適法に、しかし、不誠実に伝えたり、共犯者が自白をしており当該被疑者が犯罪に関与していると話しているなどと伝えたりする。また、秘密捜査官

が意図的に欺罔行為に関与することもある。ただ、明示的な欺罔的行為が公然と行われているというよりも寧ろ、有罪の証拠を取得するために、曖昧な欺罔的行為が捜査においては数多く使われていると指摘されている。<sup>(75)</sup>

二 具体的には、例えば、①秘密捜査、②取調べ、③検察段階の審査などが問題となろう。

(1) 警察官・検察官や秘密捜査官は、被疑者・被告人や対象者を騙したり、強制的な態度を取らないように警告される。もし、そのような欺罔的手段を取ったことが立証されると、訴追側に不利に、被告人などの側に有利に働くからであるが、捜査機関側は明白な嘘を付くことやその他の明白な欺罔的手段を取ることは回避するものの、犯罪を計画したり遂行した者を捕捉しようという自己の目的を促進するために、もつと微妙で、目立たない手法を見つけようと努めることがある。そして、意図的と捉えられる欺罔と異なつて、曖昧な状態は意図的でない単なる誤りと解されるため、捜査機関等は曖昧な言葉や質問を発するのである。例えば、秘密捜査官は欺罔的な曖昧さで対象者にアプローチするし、検察官が被疑者・被告人に質問する際には、欺罔的なアプローチの使用は裁判所が眉を擧めるため、強制的な、また不本意な回答を引き出しているような印象を与えないように注意した上で、様々なタイプの曖昧さを用いる。

二〇世紀初頭に至つて、捜査機関等が証拠を記録化することを始めたが、録音テープ装置が発明されると、捜査機関は秘密捜査においてこれを活用し始め、一九七〇年代・八〇年代になると、FBI（連邦捜査局）・DEA（麻薬取締局）・IRS（内国歳入庁）などの連邦捜査機関や州・地方の捜査機関は、贈収賄、密輸、べてん、脅迫、殺人教唆等々の捜査において、小型ワイヤレスマイクを身に付けるなどして被疑者との全会話を録音し、録音テープを証拠として使用することを開始した。そして、法執行機関全般において、電子記録機器を活用する秘密捜査活動が盛んとなり、

秘密捜査官はここにおいて真の身分や目的は偽りながら、曖昧な欺罔的アプローチを用いつつ、違法行為の仄めかしを行って、対象者が知らず知らずの内に犯罪を認めることを録音しようとした。秘匿捜査の目的が、対象者が過去の犯罪を犯したことを認める証拠を取得すること等にあるためであり、秘密捜査官が曖昧な欺罔的アプローチを有効に活用することは重要な技術とされるに至った。

このようにして、秘密捜査官は対象者の捜査中に、欺罔的な曖昧さを用い、真の意図を隠しつつ、誤りのある計画を唆すなど、単なる説得以上の戦略的なコミュニケーションを図ることもあった。被告人との遣り取りをヴィデオテープで録音・録画して逮捕し、<sup>(76)</sup>有罪にしようとする試みることもあり、FBIなどの捜査機関がメディアにヴィデオテープを示し、被告人が犯罪を行ったような印象を与えようとする事例も存した。これは当該テープをテレビなどで観た一般大衆に欺罔的曖昧さを与える効果もある。<sup>(77)</sup>

(2) 警察による取調べは、警察署の物理的位置や威圧的な外観なども寄与して、圧迫的なインパクトを与え、被疑者らは取調べ室の中で無力感を感じることも多い。しかし、それと共に、公正と正義を宣言する法制度において、取調べを受ける者が捜査機関に騙されたり誤導されることもある。取調べには、警察官らが被疑者と対峙し、事実を聴取し、不正確な点や誤りと思われる点などにつき質問し、被疑者の犯罪を非難し、自白を引き出すといった目的・過程があり、警察は被疑者との会話をコントロールすることが可能であるが、かかる取調べの間に、警察は自白等を引き出すために、様々な欺罔的アプローチを行ったり、また、曖昧な発言を繰り返したりすることもある。<sup>(78)</sup>例えば、貴方には黙秘権がある、供述は、法廷で貴方に不利な証拠として用いられる事がある、貴方は弁護士の立会いを求める権利がある、もし自分で弁護士に依頼する経済力がなければ、公選弁護人を付けて貰う権利があるという点を内容と

するミランダ警告<sup>(79)</sup>を行った後で、微妙で、圧迫的な側面もある曖昧な欺罔的働き掛けが質問の際に示されることがある。取調べ官は、被疑者が現実に言ったことを正確に表現しなかったり、被疑者が過去に話したことを見過ごしたりすることもあるのである<sup>(80)</sup>。

(3) 検察庁の重要な職責の一つは、事件を捜査した捜査官が収集した供述証拠や非供述証拠の価値の判断にある。検察官は捜査官による被疑者に対する有罪の認定に拘束されることはなく、捜査官の認定を受け容れることが出来なければ、起訴を拒むことも出来るが、供述証拠が被疑者が有罪であることを示すことが多いために、捜査官に同意することも多いとされる。

そして、供述証拠が、取調べ官や被疑者、乃至その両者による曖昧な供述を含んでいる場合に問題が生じ、当該曖昧さを如何に解釈・解決するかが課題となるが、捜査機関の計画・見取り図は被疑者・被告人を有罪にする傾向があるために、当該曖昧さを解釈する場合に訴追側を利することになることが多い<sup>(81)</sup>。曖昧さの問題は捜査開始直後から発生し得るが、検察官が、例えば、公判において、被告人を有罪にするなどの目的で、曖昧な質問を行い、それに対する被告人の曖昧な供述を上記目的に照らして、自己に有利な形で用いることはよくあり、一般の人々も検察官にかかると期待することもあるとされる<sup>(82)</sup>。

三 そして、捜査官は捜索の同意を得ようとして、欺罔行為を用いることも多い。捜査官に有効な捜索の同意を付与することによって、当該被疑者は捜索を受ける物品や場所における、第四修正（合衆国憲法修正第四条）に基づくプライバシー<sup>(83)</sup>の合理的な期待を放棄することになる。

四 かかるアメリカ合衆国における欺罔による入場や捜索に対する同意<sup>(83)</sup>に関する裁判例の状況は以下の通りである。

(1) 適法な欺罔

① 令状を所持した捜査官が配達人と偽った事例となるが、コカイン所持の搜索令状を準備した上で、アラスカ州警察官と合衆国郵便検査官は搜索令状を呈示する目的で被告人の部屋に行った。捜査官は銃を持ってドアをノックし、二度目のノックで中から「誰だ」という声があったので、州警察官の一人が「フェデラルエクスプレスです」と答えた。すると、女性がドアを開けたので、捜査官は自らの身元と目的を明らかにし、令状を執行してコカインを押収し、被告人を逮捕した。被告人は、捜査官の令状執行は連邦法のノック及び告知（来訪来意告知）条項（当局者であることと目的の通知を捜査官に要求する）を遵守していない等と主張して、証拠排除を申し立てた。裁判所は当該申立を退け、先例に照らして人にドアを開けさせるために使われる欺罔は連邦法に違背しないと判示した。<sup>(84)</sup>

② 秘密捜査において麻薬を購入する場合などにおいて、自分が捜査官かどうかという点について嘘を言うことは適法であるとされている。被告人は、秘密捜査官と電話で会話しており、マリファナを売る目的で当該捜査官を自分の家に招き入れた。被告人の家に着いた際、秘密捜査官はドアをノックし、自己を購入希望者と伝え、被告人は彼を家に入れ、マリファナを販売した。捜査官はその後被告人を逮捕し、大陪審によって起訴されたが、被告人はマリファナを排除するように申し立て、捜査官が連邦捜査官という真の地位を明らかにしなかったことよって意図的に欺罔したのであるから、捜査官が家に入るのを許可したのは任意によるものではなかったと主張した。これに対して、連邦最高裁は、政府の捜査官は、私人として同様の態様で、仕事を行うという勧誘を受けることが出来るし、住人が意図していた目的のために家屋に入ることも——負罪資料の一般搜索を行って良い訳ではないが——出来る」と述べて、被告人の申立を退けた。<sup>(85)</sup>

## (2) 違法な欺罔

① 令状が存在しない場合に、令状が存在すると嘘を付くことは認められない。四名のノースキャロライナ州の警察官が強姦（強制性交等）犯を捜査しており、被疑者が祖母と同居していた住居で応答した。祖母がドアのところまで警察官と応対し、警察官の一人が捜索令状を所持していると虚偽の告知をしたところ、祖母がドアを開け、どうぞと伝えた。その後の捜索の過程で警察官はライフルを押収し、検察官は裁判所が排除の申立を退けた後で公判に当該ライフルを提出した。申立の過程で、州は、捜索令状ではなく、入構と捜索を正当なものとする同意に則ったことを認めしたが、上訴審で、連邦最高裁は、検察官が捜索令状を所持しているという虚偽の主張に基づいた同意は任意とは言えず、同意はなかった（ライフルを被告人に不利な証拠として認めた点は憲法上の過誤がある）旨判示した。<sup>(86)</sup>

② 虚偽目的について、政府当局の者であるという点は真実であるが、政府機関のどの部門かという点について嘘を付いたり、真の目的について嘘を付くことは違法とされる。被告人は、マシンガンの販売申請中の、免許を持った小火器のディーラーであったが、キャリフォニア州の捜査官は被告人の敷地とその周辺地域を調査する目的で被告人の家に到着した。連邦アルコール・タバコ・火器及び爆発物取締局（ATF）の捜査官は州の捜査官に同行していたが、自分の身分を明らかにせず、州の捜査官は被告人に、連邦の捜査官が同行しているとだけ伝え、被告人はライセンス調査を行うという目的で捜査官に同意した。実際には、アルコール・タバコ・火器及び爆発物取締局捜査官が同行したのは、ライセンス調査について州の捜査官を支援するためではなく、被告人の小火器関連活動について連邦犯罪（先端を切り詰めたショットガンの違法所持）上の捜査を進めるといふ独自の目的のためであった。<sup>(87)</sup>その後、裁判所は捜索令状を発付し、連邦捜査官は違法に先端を切り詰めたショットガンを押収した。結果として被告人は起訴され、

被告人は、ショットガンは、アルコール・タバコ・火器及び爆発物取締局の捜査官の家屋に対する違法な搜索の直接的な結果として押収されたと主張した。これに関して、第九巡回区連邦控訴裁判所は、アルコール・タバコ・火器及び爆発物取締局の捜査官による行動を非難し、アルコール・タバコ・火器及び爆発物取締局捜査官の目的と地位についての虚偽の陳述（同捜査官の沈黙は虚偽の陳述となる）は違法であると認定した<sup>(88)</sup>。

第五巡回区控訴裁判所も、（刑事でなく）民事の監査を行っているとして述べた内国歳入庁の職員に被疑者が税の記録を渡した場合に、当該同意を無効と認定した。刑事関連の調査かどうかを確かめるため、被疑者の会計士は内国歳入庁の職員に、特別職員が本件で関与しているかと尋ね、内国歳入庁の職員は特別職員は関与していないと述べた。実際は内国歳入庁の職員は、司法省の組織犯罪・不正収益取得対策課の要請で監査を行っており、犯罪捜査ではないという内国歳入庁職員の示唆により、被告人は、記録の幾つかを内国歳入庁の職員に利用可能な形にし、その後、内国歳入庁職員は記録全てをマイクロフィルム化した。原審に差し戻す際、第五巡回区控訴裁判所は、同意が内国歳入庁の職員の欺罔、策略や虚偽の陳述によって惹起された場合は、当該同意搜索は第四修正のもと不合理であるという点は確固たるルールであると述べた<sup>(89)</sup>。本件は、沈黙も真意に対する誤解を促すことがあり（虚偽は言わなかったことの中にもある）、主張せずに沈黙する形での働き掛けについて、新たな観点を示すものであると評価する向きもある<sup>(90)</sup>。

他方、第八巡回区控訴裁判所は、賃借人に対して、重要な問題を協議するために彼女の男友達を探していると伝えることによって、捜査官が部屋に入ることの同意を得た場合、同意を正当なものと認定した。実際には、捜査官は、男友達を従前の銀行強盗の罪で逮捕しようとして企図していたが、逮捕令状を有していなかった。第八巡回区控訴裁判所は、捜査官による不正な虚偽陳述は存在せず、彼らが述べた意図には、女友達をぺてんに掛けて捜査官に同意を与え

る意図があったようには思えない（被告人に対する無令状逮捕は正当である）と判示した。<sup>(91)</sup>

③ 対象を欺く、即ち、自己が捜しているものについて嘘を付くことは適法でないといわれる。個人は、法執行機関に付与する同意の範囲を限定することが出来る。例えば、人は捜査官に自分の家を検索することについて同意することが出来るが、寝室は例外とすることが出来るし、自己の身体を検索を許可出来るが、書類鞆は例外とすることも出来るのである。更に、盗まれたピアノの発見という唯一の明示された目的で自分の家の捜索について同意した者は、捜査官による捜索をピアノを隠すに足る広さを持つ領域に限定することになる。

そして、捜索の同意を求められた者は、しばしば、捜査官が何を捜しているのかについて尋ねるが、捜査官は、当該質問に答えるに際して誠実で率直でなければならない。捜査官が、薬物を求めて自動車を検索することを希望した結果、同意が得られたとすれば、連邦最高裁は、かかる同意は、薬物が入っている可能性のある車両の中の容器に及び得ると判示している。<sup>(92)</sup>しかし、捜査官が麻薬捜索の同意を得、その後、通貨・保険証券等々の捜索・押収の同意を得たとすれば、捜査官は限定的な同意を悪用したことになる。かかる捜査官による違法な行為は、現実の同意全般の任意性の問題を惹起する。<sup>(93)</sup>

五 四で述べたように、アメリカ合衆国においては、①令状を所持した捜査官が配達人と偽った場合、人にドアを開けさせるために使われる欺罔は連邦法に違背しない、②秘密捜査において麻薬を購入する場合などにおいて、自分が捜査官かどうかという点について嘘を言うことは適法である、③令状が存在しない場合に、令状が存在すると嘘を付くことは認められない、④虚偽目的について、政府当局の者であるという点は真実であるが、政府機関のどの部門かという点について嘘を付いたり、真の目的について嘘を付くことは違法である、⑤対象を欺く、即ち、自己が捜して

いるものについて嘘を付くことは適法でないと評価されており、これは第一章・第二章で検討した我が国の裁判例の動向と重なる面も多いであろう（我が国においても、①偽計を用いた令状の執行について、社会通念上相当を欠くものと迄は言えないとされており、また、②令状発付を装って行う任意捜査に関して、その程度の判断は分かれるものの、違法とされている）。即ち、我が国の裁判例における価値判断とアメリカ合衆国における裁判例の価値判断とは類似する面も見られるのであり、ここから、我が国の裁判例の分析において、不備と感じられる部分についてアメリカ合衆国の動向を参酌することにより、議論を深化させる手懸りとするのが可能ではないかと思われる。

六 そこで、第二款・第三款では、かかる観点から、同意捜索、更に、DNA採取における欺罔的行為を主たる検討素材として取り上げてみたい。

(56) 高刑集六九卷一号一六頁、「判例タイムズ」一四四一号七七頁。

(57) 吉田雅之「警察官が、自己が警察官であることもDNA採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップからDNAサンプルを採取した行為は、強制処分に当たるとされた事例」『研修』第八二四号（平成二九年）一三頁、前田雅英・前掲「最新刑事判例研究 DNAサンプル採取目的を秘して行った行為の強制処分的性」三〇一頁。

(58) 前掲「判例タイムズ」一四四一号八〇頁「コメント」、宮木康博「警察官である身分および処分の目的を秘してDNAを採取する捜査手法の法的性格」『法学教室』第四三八号（平成二九年）一三九頁、堀田尚徳「刑事判例研究」『北大法学論叢集』第六八巻第四号（平成二九年）二二二頁、二一六七頁など。大野正博「警察官と認識していない被告人に対するDNA型検査のための唾液採取行為の強制処分的性及びこれに引き続き任意提出されたDNA型鑑定書の証拠能力」『刑事法ジャーナル』第五三三号（平成二九年）一六九頁をも参照。本判決が権利・利益の重要性は検討しているものの、侵害乃至制約の程度が実質的なものに至っているか否かは検討しておらず、この意味で本文見解と若干立場を異にしているとする見解として、吉田雅之・前掲「警察官が、自己が警察官であることもDNA採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップから

- DNAサンプルを採取した行為は、強制処分にとされたとされた事例」二三頁。
- (59) 大久保隆志・前掲「偽計手段による証拠収集」一九頁。
- (60) 酒巻匡「刑事訴訟法判例の動き」『ジュリスト』第一五〇五号（平成二九年）一八六頁、大野正博・前掲「警察官と認識していない被告人に対するDNA型検査のための唾液採取行為の強制処分性及びこれに引き続き任意提出されたDNA型鑑定書の証拠能力」一七〇頁など参照。
- (61) 吉田雅之・前掲「警察官が、自己が警察官であることもDNA採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップからDNAサンプルを採取した行為は、強制処分にとされたとされた事例」二五―八頁、三五―六頁、「警察官らが、被告人のDNA型検査資料を入手する目的であることを秘して、被告人が使用した紙コップを回収し、同紙コップからDNAサンプルを採取した事案につき、このような捜査手法は強制処分にと該当するが、令状によらずに行われたものであり、違法とされた事例」『警察公論』第七二巻第八号（平成二九年）付録「警察実務重要裁判例 平成二九年版」一五九頁。
- (62) 吉田雅之・前掲「警察官が、自己が警察官であることもDNA採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップからDNAサンプルを採取した行為は、強制処分にとされたとされた事例」三六頁。
- (63) 前田雅英・前掲「最新刑事判例研究 DNAサンプル採取目的を秘して行った行為の強制処分性」三三―四、三八頁。
- (64) 大久保隆志・前掲「偽計手段による証拠収集」二二―二頁。また、前掲「警察官らが、被告人のDNA型検査資料を入手する目的であることを秘して、被告人が使用した紙コップを回収し、同紙コップからDNAサンプルを採取した事案につき、このような捜査手法は強制処分にと該当するが、令状によらずに行われたものであり、違法とされた事例」一五九頁は、本判決は、「警察官らの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取にある場合には（中略）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解するのが相当である」と述べるが、ある利益が強制処分を要求して保護すべき利益に当たるとかの判断は、通常、処分により侵害される利益の性質を検討して行われることが相当と思われ、判断に当たって捜査目的を考慮するかのような本判決の理解についても一般的とは言えないと述べる。
- (65) 前掲「判例タイムズ」一四四一号八一頁「コメント」参照。猶、近時、GPSを用いた捜査等、対象者の認識しない間に行った捜査が任意捜査の範疇に止まるものかが争われるケースが増えており、本判決もそのような類型に位置付けられると考

られると指摘するものとして、中嶋伸明「判例紹介 警察官であることを告げず、DNA採取目的を秘し、コップに注いだお茶を飲むよう被告人に勧め、使用したコップの管理を放棄させて回収し、そこからDNAサンプルを採取するという捜査方法は強制処分に該当し、令状によることなく当該捜査を行った警察官の行為は違法であって、当該捜査の結果に基づき発付された逮捕状の執行による身柄拘束下において採取手続が行われた被告人の口腔内細胞のDNA型鑑定書は違法収集証拠であるとしてその証拠能力が否定された事例」『研修』第八二二号（平成二八年）一〇〇頁。

(66) 本節三・四参照。

(67) 原田國男・前掲「採尿検査をめぐる問題点」三四頁。

(68) 高刑速（平成二八年）九九頁（確定）。

(69) 『判例時報』一〇二六号一四〇頁。

(70) 『判例時報』一二六一号一三八頁。

(71) 前掲・『判例時報』一二六一号一三八頁「コメント」も、本判決は、単なる不告知に止まらず、捜査官が提出者を故意に欺罔し、採尿のための令状が発付されているかのように装って提出を受けた場合には、採尿手続が違法となり、その結果得られた尿の鑑定書も証拠能力を欠くとしているもので、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図が認定されたもののようにある旨指摘する。

(72) 鶴田六郎「採尿手続の違法性と尿の鑑定書の証拠能力」『警察学評論集』第四一卷第五号（昭和六三年）一五九一六〇頁。

(73) 白取祐司・前掲「捜査官の欺罔による『承諾』と手続の適正」七九頁。

この他、（実際には強制採尿令状は発付されていたが）強制採尿令状の発付状況を確認していないにもかかわらず、被告人の弁護士との問い掛けに対して既に発付されている旨返答した警察官の行為について、客観的には虚偽を告げたことにはならないが、これは結果論に過ぎず、令状発付の有無という重要事項につき、未確認の儘に確定的な回答をするという姿勢からは、同警察官において、令状主義の精神を軽視する姿勢が顕著であったと言わざるを得ないと判示した裁判例がある。大阪地裁平成二九年三月二四日判決（確定）。『判例時報』一二三六四号一二六頁。

(74) 第一章第二節参照。

(75) Roger W. Shuy, *Deceptive Ambiguity by Police and Prosecutors*, 2017, Oxford University Press, United States of

America 4, 221.

- (76) 録音テープによって、被告人に犯罪傾向性がないことが示されることもあるが、逆に、被告人が罠に掛けられたと主張出来なくなることも、しばしばある。
- (77) 例えば、GM社を辞めて北アイルランドで新しい自動車工場を設立したが失敗し、財政的苦境に立たされたデロリアン氏に対し、捜査官がコカインを密輸すれば会社の更生資金になると持ち掛けたデロリアン事件（デロリアン氏は逮捕され、罠の抗弁が主張されて陪審で無罪となった）においては、デロリアン氏は薬物を見つけた時にテープにおいて「危険だ」と明言しており、メディアは、これをもってデロリアン氏が薬物取引の打合せを継続することに同意した証拠であると誤解したという。Roger W. Shuy, *Deceptive Ambiguity by Police and Prosecutors*, supra at136.
- (78) アメリカ合衆国においても、取調べ官は、取調べの際に、被疑者の権利を誤って伝えたり、強要したり、虚偽の保証をすることは許されていない。Roger W. Shuy, *Deceptive Ambiguity by Police and Prosecutors*, supra at71.
- (79) かかる文言自体、英語を母国語として話す者にとってさえ曖昧であるが、英語を母国語として話す者でない者にとってはより曖昧なものとなり得る。
- (80) 人種・年齢等においてマジョリティの立場にある取調べ官がマイノリティの立場にある被疑者の社会的・文化的な差異を無視して、被疑者の自白を警察官の言葉で作ってしまうこともあり、被疑者のみならず検察官や裁判官等にとっても欺罔的な曖昧さが生じるとも指摘されている。Roger W. Shuy, *Deceptive Ambiguity by Police and Prosecutors*, supra at241-2.
- (81) Roger W. Shuy, *Deceptive Ambiguity by Police and Prosecutors*, supra at101. 被告人と検察官の間に教育程度について怪訝があるため、被告人が検察官による知的な言葉を理解し難く、被告人自身にとって明確でない検察官による質問の意味を推測しようとして検察官の表現の曖昧さを認識出来なくなることもある。Id. at242-3.
- (82) 例えば、被告人が犯罪事実などを単に知っているというニュアンスで供述しているのに対して、それ以上のニュアンスを持つているような印象を裁判官などに与えるように試みることなどがこれである。
- (83) 承諾（同意）捜索に関しては、後に第一款でやや詳しく検討する。
- (84) United States v. Contreras-Ceballos, 999F.2d432 (CA9 1993).
- (85) Lewis v. United States, 385U.S. 206 (1966). 捜査官による欺罔が憲法上禁じられていて、秘密捜査官の使用が違憲となる

と、組織犯罪活動を捜査する政府の妨げになるとも述べられている。

- (86) *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968). 第七巡回区控訴裁判所も、家屋の所有者の子息の逮捕令状を所持していると嘘を言って家屋に入る同意を得たという、本件と類似の情況に直面して、当該同意は明白で重大な嘘によって取得されており、効果がなく (ineffectual) と判断した。 *Hadley v. Williams*, 368 F.3d 747 (7th Cir. 2004).
- (87) 排除聴聞時に、連邦捜査官は、捜索令状の取得を企図し、家屋の配置の見取り図を作成する目的で、被告人の家への入場許可を利用したと述べた。
- (88) *United States v. Bosse*, 898 F.2d 1113 (9th Cir. 1990). これ以前に第九巡回区控訴裁判所は、入構を求める者が政府の職員(捜査官)であることを被疑者は知らされていたが、捜査官の入構目的について誤った内容を伝えられた場合に、当該策略による入構は同意によって正当化されないと判断していった。 *United States v. Phillips*, 497 F.2d 1131 (9th Cir. 1974).
- (89) *United States v. Tweel*, 550 F.2d 297 (5th Cir. 1977). 違法行為によって証拠が汚染されていないかを判断するために差し戻された。
- (90) *Richard E. Warner*, "Governmental Deception In Consent Searches" 34 *University of Miami Law Review* 57-78 (1979).
- (91) *United States v. Briley*, 726 F.2d 1301 (8th Cir. 1984).
- (92) *Florida v. Jimeno*, 500 U.S. 248 (1991).
- (93) *United States v. Dichiarante*, 445 F.2d 126 (7th Cir. 1971).

(日本比較法研究所嘱託研究所員)