

証拠排除基準たるいわゆる「違法の重大性」に関する一考察

石川 雅俊

- 一．日本における「違法の重大性」と、アメリカにおける「違法」の関係
 - (一)日本における「違法の重大性」の判断方法
 - (二)権利侵害性の判断要素―被告人の承諾―
- 二．アメリカにおける「違法」の判断要素
 - (一)修正四条の合憲性判断基準
 - (a)停止行為の時間的限界
 - (b)停止行為の場所的限界
 - (c)捜検の限界
 - (二)被侵害者の承諾
 - (a)態度の変遷
 - (b)黙示の同意

証拠排除基準たるいわゆる「違法の重大性」に関する一考察

(都法五十三―二) 二〇九

三、日本法への示唆

(一) アメリカ法総括

(二) 日本法への示唆

一、日本における「違法の重大性」と、アメリカにおける「違法」の関係

(一) 日本における「違法の重大性」の判断方法

違法収集証拠排除法則とは、違法な手続によって収集されたものは裁判における証拠から排除すべきであるとする理論である。周知のとおり、わが国の最高裁は、最判昭和五三年九月七日（刑集三三卷六号一六七二頁）において、その採用を認めたものの、違法手続の存在のみでは証拠排除せず、証拠排除するか否かは、令状主義の精神を没却する程度の「違法の重大性」、抑止効の見地からの「排除相当性」という二つの要件で判断する旨を判示した。

そして、最高裁が、証拠排除の際に明示的に考慮してきた要素を検討してみると、おおよそ、①その捜査手段を用いる必要性の強弱、②有形力行使の程度、③被告人の承諾の有無、④捜査官の法潜脱の意図の有無、⑤違法手続との因果関係の有無、⑥証拠の重要性に分けることができ、このうち「違法の重大性」の要素として争いが無いのは、①、②、③である。

「違法の重大性」について、⑦「令状主義の精神を没却する」という部分を令状主義に反すると読み、当該捜査手段が強制処分とされる場合、判例は、無令状でそのような行為を行ったことを、直ちに令状主義の精神を没却す

る「重大な違法」にあたりと判断する可能性を示唆する見解と、①最高裁は、令状主義に反するような重大な違法とはせず、あえて「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という文言を用いていることから、判例は、違法であることを前提に、諸要素を検討し、その違法が「重大な違法」か否かを判断していると解する見解がある。

この点について、最高裁は、宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いのある会社に対し、会社宛の宅配便を宅配業者の承諾を得てエックス線検査し、そこから発見された証拠の証拠能力が争われた最決平成二十二年九月二八日（刑集六三巻七号八六八頁）において、エックス線検査を「検証としての性質を有する強制処分」に当たると解される」とし、「検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」と判示した。その上で、最高裁は、証拠排除の可否について、覚せい剤譲受けの嫌疑が高かったこと、エックス線検査を用いる実質的必要性があったこと、宅配業者の同意を得ていること、令状主義を潜脱する意図があったとはいえないこと、捜索差押許可状がエックス線検査の結果以外の証拠も資料とされていることを理由に、「本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である。」と判示した。とすると、①の見解が指摘するように、最高裁は、「令状主義の精神を没却する」Ⅱ「令状主義に反する」、すなわち、無令状の強制処分を直ちに「重大な違法」にあたりとは解していないと思われる（なお、本決定以前の判例は、明示的に、捜査官の行為を捜索・逮捕にあたりとは判示していない）。しかしだからといって、直ちに⑦の見解が否定されるわけではないであろう。田口教授は、「重大な違法」にあたりかどうかについて、最高裁だけではなく、下級審を含めて判断すると、「判例の大まかな傾向としては、自由権の侵害はかなり神経質に判断する。これに対して、例えば、住

居の平穏であるとかプライバシーの侵害であるとかいう問題については、それほど神経質ではない」とされ、判例は「侵害された法益」の内容を重視しているとされる⁽³⁾。とすると、平成二二年決定で問題とされたのは検証であり、そこでの被侵害利益は内容物に対するプライバシーであって、他方、任意同行が逮捕にあたりとされた場合、被侵害利益は人身の自由であるので、平成二二年決定の射程は及ばず、判例は、無令状の逮捕をもって直ちに「重大な違法」にあたりと判断する可能性はあることになる。

ところで、⑦の見解が、「昭和五三年判決が刑法の解釈として排除法則を採用したことは間違い」ないが、「憲法上の証拠排除というものが認められる余地をおよそ閉ざしてしまったというわけでは」ないと解する理由は、最高裁は前述のような諸要素を衡量して「違法の重大性」を判断しているところ、このような判断方法によって「違法の重大性」が肯定された事案が、現実に一件しかなく、すべての事案においてこのような判断方法を採用すれば、排除範囲が相当に限定されてしまうということにあると思われる⁽⁴⁾。たしかに、昭和五三年判決は、排除法則を、刑法の解釈に委ねられているとしているが、「令状主義」は憲法上の要請であることから、憲法違反、すなわち、無令状の強制処分であることをもって直ちに「重大な違法」であると判断することも可能であるように思われる。

また、最高裁は、最決昭和五一年三月一六日（刑集三〇巻二号一八七頁）において、「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」と判示しており、この判示内容から、強制処分と任意処分の区別は「権利・利益の制約の有無にある」と解するのが一般的な理解である⁽⁵⁾。とすると、無令状の強制処分を直ちに「重大な違法」にあたりとする⑦の見解は、判例は権利の侵害の程度が重大である場合、諸要素を考慮することなく直ちに「重大な違法」にあたりと判断するとみることになる。

(二) 権利侵害性の判断要素——被告人の承諾——

ところで、最高裁は、「違法の重大性」について、先の権利侵害の程度という観点だけではなく、法規逸脱の程度（違法行為自体の程度）という観点も考慮して判断している（たとえば、最決昭和六三年九月一六日（刑集四二卷七号一〇五一頁））。先の最高裁の考慮要素を、この観点にしたがって分類すると、①は法規逸脱の程度の判断要素（この観点からの判断を肯定する見解からは、④、⑤も含まれる。なお、⑥は、最決平成一五年二月一四日（刑集五七卷二号一二二頁）、平成二二年決定の判示内容から「排除相当性」の要素となると思われる。）となる。もっとも、権利侵害性と法規逸脱性は重なり合う点が存在するが、まさに②、③がそれにあたる。なぜなら、②は許容される所持品検査・任意同行等からの逸脱の程度を判断する要素である一方で、それが「強制」に至れば意思を制圧することになるので権利侵害性の判断要素にもなり得ること、また③は、承諾のある行為は法規逸脱の程度が高いといえない一方で、承諾がある場合は保護する利益がないといえることからである。

そうすると、⑦の見解からは、②、③が「違法の重大性」を判断する上で重要な要素ということになるが、以下では③に焦点をあてて検討する。③について、最高裁は、被告人の任意による明確な承諾がないことを、違法性を肯定する要素とする一方で、明確な拒否もないことを、「違法の重大性」を否定する要素として考慮している。この点、右最高裁の判断を額面通りに受け取って、最高裁は、被告人による明確な承諾も拒否もないすべての場合に、その事実を「違法の重大性」を否定する要素として考慮していると考えられることもできよう。しかし、下級審裁判例をみてみると、任意の承諾・拒否について、明示的なものだけではなく、黙示的なものも含むとした上で、被告人

の態度を承諾・拒否いずれかに振り分けている。⁽⁷⁾ たしかに、黙示的なものまで含んでしまうと、それが承諾にあたるのか、それとも拒否にあたるのかの認定の困難性は付きまとうが、⁽⁸⁾ 実際には、当該状況から黙示の意思を推定することは可能であろう。また、最高裁は、最判昭和六一年四月二十五日（刑集四〇巻三号二一五頁）において、捜査官らの立ち入り要請に対して諾否が明確でない被告人の対応を、「明確な承諾」（傍点筆者）ではないとしたものの、最終的に「被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること」（傍点筆者）を理由に、捜査官らの行為を違法と判断していること、黙示的とはいえ承諾があれば侵害利益は存在しないので適法となることから、最高裁は、被告人の黙示の拒否を認定したと考えられる（なお、昭和六三年決定も同様に解したと思われる）。したがって、最高裁は、諾否が明確でないことを「違法の重大性」を否定する要素としているのではなく、拒否が黙示的であることを「違法の重大性」を否定する要素としているのではなからうか。⁽⁹⁾ もつとも、黙示的とはいえ拒否がある場合、それにもかかわらず立ち入れば、捜査官らの行為は権利侵害行為であり、したがって「重大な違法」にあたるとも思える。たしかに、前述のとおり、最高裁は、捜査官の行為が違法か適法かについて、権利侵害の有無で判断していると思われる。しかし、それは違法の有無についての判断である。これに対し、「違法の重大性」の判断は違法の程度に関する判断であり、それは法規逸脱の点も加味して判断される。そして、法規逸脱の観点からは、捜査官が、明確に外部に示されている被告人の拒否の意思を認識しながら立ち入った場合の方が逸脱の度合いが高いといえよう。したがって、拒否の意思表示が明示的か黙示的かで違法の程度が異なると解することは可能であると思われる。

次に、最高裁は諾否を認定しているとしても、捜査官の説得行為により、被疑者の諾否に変遷があった場合、どのような場合にその任意性が認められるのかも問題となる。この点について、山崎裁判官は、たとえば、最決平成七年五月三〇日（刑集四九巻五号七〇三頁）をみると、「自動車の所持品検査について、被疑者が、『しょうがな

い。』という趣旨を述べた上に、検査中に特に文句を言わなかった場合であっても、直前まで自動車内を調べたいという警察官の要求を拒絶していたことを重視して、『任意の承諾があったとは認められない』とした二審の判断を支持して」おり、これに対し、「二審は、『積極的にとまではないえないけれども、承諾をしたものと認めるのが相当』と判示していることから、『最高裁は、捜査官側にとつてかなり厳しい事実認定をしてい』るとされる。¹⁰⁾しかし、下級審をみると、たとえば、札幌高判平成四年六月一日(判時一四五〇号一五七頁)は、当初任意同行を頑なに拒否していた被告人が捜査官の説得行為によつてこれを自発的に承諾した理由について、当該捜査官が被告人の知り合いの警察官の部下であることを告げたためであるとしており、また、神戸地判平成一〇年一月一日(判時一六六四号一五一頁)は、当初自動車の検索に反発していた被告人が最終的に「勝手にせい。」と、一見すると承諾ともとれるような言動を述べた理由について、『突如捜査官から理不尽な暴行を受け、所持品を取り上げられるなどした被告人が、半ばあきらめの境地で『勝手にせい。』と述べたのみであり、検索の最中被告人が車から離れよう離れようとしていたことにも照らせば、右発言をもつて検索につき真しな承諾があったとみることは困難である』と判示し、被告人が自発的に承諾に転ずる理由がないとして、その任意性を否定している。いずれの裁判例においても、諾否の変遷の理由を詳細に検討した上で、その理由がある場合に變遷を肯定しているといふことができる(前者において、当該事實は被告人が安心したことを推認する外部的事実である)。先の平成七年決定の第一審たる東京地判平成五年一月一日(刑集四九卷五号七三〇頁)も、本件車両の本格的な検索行為の要請に対する被告人の「しょうがない。」という発言だけで承諾と認定したわけではなく、本件車両の本格的な検索行為の前に、運転席から助手席あたりに散らばった砂糖様のものについて、これを調べたいとする捜査官に対し、「見てくださいよ。」と言つたこと、予試験で薬物反応がでなかつたことを認定しており、それまで拒否していた被

告人が自発的に承諾に転ずる理由が存在するため、すなわち、「被告人は、それが覚せい剤でないという自信があったからこそ承諾したものとみられる」⁽¹¹⁾のために、その承諾を肯定しているのである。とすると、最高裁は、下級審に比し、「捜査官側にとってかなり厳しい事実認定をしてい」るのは結果論なのであって、どちらも変遷の理由があるか否かで判断しているのではなからうか（すなわち、認定に違いが生じたのは、最高裁は変遷の理由なしとしたのに対し、一審はこれをありとした点にある。）。

以上わが国の議論に対し、アメリカにおいては、原則として、証拠が捜査官の違法行為により獲得された場合、当該証拠を排除するというスタンスを採っている。違法行為について、アメリカでは、従来、その程度は問題とならないと解されてきた⁽¹²⁾。しかし、州法で禁止されている軽罪での逮捕、それに伴う捜索行為の修正四条の適合性が争われたムーア判決⁽¹³⁾、州法違反の自動車の停止行為が、修正四条の身体の拘束にあたるかが争われたウーレン判決⁽¹⁴⁾、州法で禁止されている個人の捨てたごみの捜索行為の修正四条の適合性が争われたグリーンウッド判決⁽¹⁵⁾等において、連邦最高裁は、憲法違反の行為によって獲得された証拠の排除を問題としていること、また、ウォンサン判決⁽¹⁶⁾において、連邦最高裁は、修正五条の権利侵害にあたらなるとされたミランダ判決違反の自白について、毒樹の果実の原則は適用しないと判示していることから、アメリカにおいても、違法の重大性を問題として考えることができよう。また、連邦最高裁は、排除法則を「裁判所によって創設された救済策」と位置付けている⁽¹⁷⁾。したがって、アメリカにおいて、排除法則は憲法上の原理ではないとしつつも、違法の程度は憲法違反に達する必要があるとしていることと、わが国において、排除法則を刑法上の原則としつつも、令状主義の精神を没却するような「重大な違法」を要していることは類似する。その意味で、「違法の重大性」の内容を検討する上で、アメリカの議論が

参考となると思われる。

そして、周知のとおり、連邦最高裁は、テリー判決⁽¹⁸⁾において、捜査官による停止と捜検という一連行為を合憲と判断した。この停止行為には、わが国における警職法のように、留め置く行為のほか、被告人を移動させる行為も含まれるとされ、それぞれ停止行為の時間的限界、場所的限界として論じられている。この停止行為は、わが国における留め置き行為・警察署への任意同行に対応する。そして、捜検は、わが国における所持品検査に対応する。これらは、わが国の最高裁において排除法則の適用の有無が争われた類型であるが、これらがどのような場合に「重大な違法」に該当するかを検討する上で、停止・捜検の限界の議論が参考になると思われる。

また、任意処分に対する承諾の任意性について、アメリカでの、いわゆる同意捜索における同意の任意性の議論が参考になると思われる。アメリカでは、捜索に対し被疑者が任意に同意を与えた場合、無令状の捜索を行うことが認められている。このような同意捜索は、わが国においてあまり問題とされていない。この理由について、緑准教授は、「合衆国ではブレインヴュー法理が採用されており、同意捜索を行った結果獲得された他罪の証拠物が裁判所に提出される。その証拠排除のために、押収に先行して為された『同意捜索』が問題となりやすい」が、「日本の刑法法では同意捜索について直接定めた規定を持たず（刑法法二二一条も『領置』という押収処分に関する規定である）、また捜査段階の重要な不服申立手段である準抗告においても、刑法法四三〇条が申立ての対象として捜索行為を想定していない。それゆえ、日本では同意捜索自体は争点になりにくい」ためであるとされる⁽¹⁹⁾。しかしながら、わが国においては、まず任意捜査を先行するという捜査手法が採られているため、当初から強制処分たる捜索の同意を得るという手段を選択しないということが理由であるとも考えられよう。いずれにせよ、捜査機

関による一定の検索行為に対し、被疑者がどのような行為をした場合に承諾と認められるのか、また、被疑者が明示的な承諾をした場合（殊に、当初拒否してその後承諾した場合）、どのような場合に任意性を肯定することができるのかという点において、アメリカでの、同意搜索における同意の任意性の議論は、わが国においても参考になるであろう。もっとも、この比較をする際には、同意の対象が、強制処分たる搜索なのか、任意処分たる所持品検査なのかという相違点に注意しながら検討することが必要であろう。

そこで、本稿では、まず、アメリカにおける修正四条の合憲性の判断方法について検討した上で、テリー判決を概観した後、停止行為の時間的限界、場所的限界、捜検の限界について検討する。次に、同意搜索における同意の任意性について検討する。最後に、アメリカの議論を参考にわが国の議論を検討する。

二. アメリカにおける「違法」の判断要素

(一) 修正四条の合憲性判断基準

修正四条は、「身体・住居・文書・所持品について、不合理な搜索および押収をされない人民の権利は、侵されてはならない」とした上で、「令状は、宣誓または確約によって根拠付けられた相当な理由に基づいてのみ発せられるべきであり、かつ、搜索されるべき場所及び抑留されるべき人または押収されるべき物件を特定して示しているものでなければならぬ。」とする。この前段と後段の関係について、連邦最高裁は、従来、搜索・押収（身体

拘束を含む。)は「相当な理由」に基づいて行われなければならない行為については、「同条の規制の枠外に放置」するという『一枚岩的』(monolithic)アプローチ」を採ってきたとされる。しかし、連邦最高裁は、条例の基準に合致しているかを確認するための住居に対する行政上の立ち入り検査が修正四条に反するかが争われたカマラ判決⁽²⁰⁾、武器を所持しているとの嫌疑のある者に対する捜検が修正四条に反するかが争われたテリー判決において、行政上の立ち入り検査や停止・捜検の合憲性は「合理性」によって判断されるが、その判断には必ずしも「相当な理由」を要せず、「捜索・押収の必要性と捜索・押収による侵害を比較衡量すること」により、「合理的な嫌疑」でも正当化されると判示し、「対立する利益を比較衡量して合憲性を判断しようとするアプローチ」に移行したとされる⁽²¹⁾。

そして、捜索について、連邦最高裁は、従来、財産権の保護を基礎に、「憲法上保護された領域」(constitutionally protected area)への『物理的侵入』(physical trespass)を伴う行為である」として⁽²²⁾いたが、電話による会話の盗聴行為の合憲性が争われたカツツ判決⁽²³⁾において、情報という財産権ではないものに対する物理的侵入を伴わない捜査手法を修正四条の対象とするために、「財産上の利益が政府当局の捜索・押収権限を制限するという前提は疑わしい」とした上で、修正四条の保護の対象は人が「正当に信頼したプライバシー」であり、また、必ずしも物理的侵入を伴わなくとも、「私的なものとして有するものは、たとえ公衆にとつて接近可能な場所にあつても、憲法上保護される」と判示した。したがって、このカツツ判決により、捜索とは、個人が有する正当なプライバシーへの侵害行為と定義された。また、このカツツ判決の同調意見において、ハーラン判事は、プライバシー保護の要件として、①その主体がプライバシーに対する主観的な期待を現実に表明したこと、②その期待が社会にとつて合理的であることを挙げたが、⁽²⁴⁾「この二要件が、それ以後の連邦最高裁判例において、修正四条の適用の有無を判断する指

針となった⁽²⁶⁾とされる。この観点から搜索と判断されたものとして、右盗聴行為のほか、住居の外からの赤外線照射⁽²⁶⁾、自動車にGPSを取り付けこれを監視する行為等がある⁽²⁷⁾。これに対し、カツツ判決は「修正四条は場所ではなく人を保護する」と判示したものの、人だけではなく、場所によって「プライバシーの合理的期待」が異なることを理由に、無令状の搜索が合憲とされる場合がある。いわゆるオープンフィールドの理論や、自動車の例外がこれにあたる。

これに対して、逮捕（修正四条にいう身体拘束を含む。）とは、刑事訴追または取調べの目的で被疑者をその意思に反して身柄拘束状態に置くことである。その場のあらゆる状況から見て、常識的な人間であれば、その場から立ち去ることができないと感じる場合に、その者は修正四条にいう身体拘束を受けていることになる。もつとも、捜査官が自身の過去の経験に照らしてまさに犯罪行為が行われようとしているとの合理的な嫌疑を抱いた場合には、その者を停止させることができる。この停止と捜検に関する合憲性の判断基準を示した判例がテリー判決である。停止行為には、留め置く行為のほか、被告人を移動させる行為も含まれる⁽²⁸⁾とされている。前述のとおり、右停止行為および捜検が、わが国の最高裁において排除法則の適用の有無が争われた類型である、現場での留め置き行為・警察署への任意同行、所持品検査に対応するが、それらがどのような場合に「重大な違法」に該当するかを検討する上で、停止・捜検の限界の議論が参考になると思われる。そこで、まずテリー判決を検討してみたい。

テリー判決の概要は以下のとおりである。捜査官は、路上にいた被告人らが、交互に近くの店をのぞきこんで戻ってくるという行動をとっていたことを、強盗の準備をしており、武器を所持していると判断した。捜査官は、そ

こにもう一人の男が来たことを機に、被告人らを停止させた上で、自身の身分を明らかにし、氏名について尋ねた。被告人らの返事がはつきりしなかったので、捜査官は、三人の身体を捜検したところ、被告人ともう一人の男が銃を所持していたので、これを押収した。このような事案において、連邦最高裁は、まず、排除法則の目的には、違法行為の抑止だけでなく司法の廉潔性も含まれるとした上で、その目的は正当な捜査手段によって獲得された証拠を排除することによって達成することはできないとした。そして、停止と捜検という一連の行為について、「停止も捜検も、修正四条の意味する拘束・搜索のレベルに達していないので、そのような捜査官の行為は修正四条の範囲外にある」という考えは、「捜査官が個人に声をかけ、その移動の自由を制限するときはいつでも、捜査官はその者を拘束したということが認められる」し、「市民が何もできずに―おそらく、手を上げて壁に向かって―立っている間、捜査官によって公然と行われた、武器を発見するための着衣の上からの全身の検査が軽微な侮辱である」ということは、根拠のない主張にすぎない」から妥当ではなく、それゆえ、それらは、それぞれ搜索・押収（拘束）に該当し、修正四条の適用を受けるとした。そして、その合憲性は「搜索・押収の必要性と搜索・押収による侵害を比較衡量する」ことによって決定される「合理性」によって判断されるとした上で、「搜索・押収が不合理であるかどうかを決定する際の我々の検査は二つである。すなわち、開始時に捜査官の行為が正当化されるかどうかと、それが最初の干渉を正当化する状況に合理的に関係するかどうかである。」と判示した。捜査官側の利益である「効果的な犯罪の予防と探知」と捜査官の身体の安全の確保は、その行為を正当化するので、被疑者に武器所持の合理的な嫌疑がある場合、第一の基準（開始時に捜査官の行為が正当化されるかどうか）は満たされるとした。そして、第二の基準（それが最初の干渉を正当化する状況に合理的に関係するかどうか）を満たすためには、捜検が「捜査官または近くににいる者に、害悪をもたらすために用いられる可能性のある武器の発見に必要な範囲に

限定されていなければならない」のであって、その意味で、捜検は、「たとえ、重大な侵害であることに変わりはないとしても、完全な搜索とは異なるものと特徴づけられるものである。」とした。本件捜査官は、まず着衣上からのパットダウンを行い、触つて武器と感じたものに対してのみ搜索を行ったので、その行為は非常に限定されており合憲であると判示した。

テリー判決は、目的・手段の限定された停止・捜検を押収・搜索の例外と位置付けており、その後の連邦最高裁判例は、テリー判決の合憲性判断基準に違反する停止・捜検をそれぞれ押収・搜索にあたるとして違憲であると判示し、証拠排除している。以下では、このことを前提に、停止・捜検の限界を検討する。

(a) 停止行為の時間的限界

まず、停止行為の時間的限界を検討する。

前述のとおり、テリー判決は、「搜索・差押が不合理であるかどうかを決定する際の我々の検査は二つである。すなわち、開始時に捜査官の行為が正当化されるかどうかと、それが最初の干渉を正当化する状況に合理的に関係するかどうかである。」と判示した。テリー判決が示された当初、この第一の基準が、「当該停止が合理的な嫌疑に基づいてなされたかどうかと関係する」ことは明らかであるが、第二の基準の「合理的に関係するか」という部分について、それは拘束期間の長さで判断されるのか、どのような捜査手法が用いられたのかも含むのが、「直ちに明らかではなかった」とされる。²⁹⁾この点について、後述するロイヤル判決は、「捜査目的の拘束は一時的なものでなければならず、停止の目的を遂げるのに必要な時間を超えて継続してはならず、かつ、「採られた捜査手段が、短時間で、捜査官の嫌疑を確かめ、それを解消するために、合理的に利用できる侵害の程度が最も低い手段」

でなければならぬとした上で、当該停止が、「その範囲と期間について十分に制限された」ことを証明することは、訴追側の負担であると判示した。⁽³¹⁾ このロイヤール判決により、先のテリー判決における第二の基準の「合理的に關係するか」という部分について、その両方を含むことが明らかとなった。

ところで、拘束期間の長さについて、テリー判決後、一九七五年に施行されたアレイメント前の手続に関する模範法典は、「認められた目的を達成するために合理的に必要な時間、捜査官はその者を拘束することができる。しかし、どのような場合であつても二十分を超えてはならない」と規定していた。⁽³²⁾ しかし、麻薬探知犬がマリファナの有無を探知する間、被告人の荷物を九〇分間留め置いた行為の適法性が争われたブレイス判⁽³³⁾において、連邦最高裁は、当該法律について、「我々は、法執行機関に、その行動を指導する明確なルールを与えることが望ましいと考える。しかしながら、我々は、固定された時間的制限による区別を疑問視する。そのような制限は、同程度に重要な、捜査機関にあらゆる特定の状況に応じて段階的に対応することを認める必要性を害するであろう。」と判示した。⁽³⁴⁾ これにより、「当該停止の開始から、その後の釈放・逮捕との間の時間の長さが合理的であるかどうか」は、単に客観的な時間の長さだけではなく、「その延長が被疑者の移動を相当に妨げるかどうかを含む、特定の事案における事実を分析することによって判断されることになった」。⁽³⁵⁾

もつとも、ブレイス判決は、「我々は、認められた停止行為についての時間的制限のあらゆる例外を採用することを退けるが、我々は、決して、停止に関して延長された九〇分間、その者を拘束することを認めてこなかったし、本件において示された事実に基づけば、そのようなことをすることができないのである。」と判示し、⁽³⁶⁾ 九〇分の停止行為を逮捕にあたるとした上で、本件では相当な理由を欠いているので違憲であるとし、留め置きの結果獲得された証拠を排除した。連邦最高裁は、停止行為の合憲性について、諸要素の比較衡量によって判断しているといっ

ても、ある一定の時間を超えた場合は違憲になると思われる。この点について、ラフエイヴ教授も、「停止を生じさせる合理的な嫌疑が残っている限り、当該拘束が継続されるという一般的ルールは存在しない。これがルールであれば、いくつかの停止は無限に続けられてしまうからである。むしろ、連邦最高裁が繰り返し強調するように、捜査機関が、何らかの方法で非常に短時間に事件の解決を試みる捜査手段を注意深く用いたかどうか³⁶が問われなければならない」が、そのような捜査手段が採られたとしても、「捜査官が上記のような捜査手段を選択したが、拘束時間が一時間を超えた」リチャーズ判決⁽³⁷⁾における拘束よりも長い拘束は、相当な理由に至らない程度の嫌疑では、ほとんど正当化されないように思われる。」(括弧内筆者)とされる。³⁸

次に、ロイヤル判決が示した拘束の合憲性に関する基準を検討してみたい。まず、その第一基準、すなわち、「捜査目的の拘束は一時的なものでなければならず、停止の目的を遂げるのに必要な時間を超えて継続してはならない」という基準について、その後の下されたシャープ判決⁽³⁹⁾は、許容される停止時間の範囲を、停止の目的と区別して評価することを明示的に要求せず、停止の「目的を促進するのに必要な合理的な時間はもちろんのこと、その停止によって促進される法執行機関の目的をも考慮する」⁽⁴⁰⁾必要があると判示した。この文言は、「正当な法執行機関の目的が、拘束の継続を促進するときはいつでも、停止行為は、許容できない程に長いとすることはできない」と解することができることを理由に、マーシャル判事は、その同調意見の中で、「停止行為を正当化する正確な根拠は、当該停止の侵害性が法執行機関の必要性と別個に評価されることを要求する。法執行機関の考えが限定された捜査を当然のものとするかどうかを考慮することが適切である以前に、まず、停止が過度に侵害的でなかったと認定されなければならない」とされ、⁽⁴¹⁾拘束の合憲性は、捜査機関側の事情を考慮する前に、被告人側の権利侵害性

の観点（一時的な拘束であつたか）から検討すべきであるとされる。

この対立について、ラフエイヴ教授は、「もつとも簡単な事案を除けば、捜査機関が達成しようとするものは何か、捜査機関がどのようにそれを行おうとしているのかについて考えることなく、争われた停止の適切な時間的限界について考えることは困難である」ので、法廷意見の立場が妥当であるとする⁽⁴²⁾。もつとも、シャープ判決の事案においては、いずれの立場からも、本件拘束は適法となる。シャープ判決の事件概要は以下のとおりである。連邦麻薬捜査官は、ともにマリファナ運搬の嫌疑のある、被告人サウエージによって運転されたトラックと被告人シャープによって運転された自動車を追跡した。そして、連邦麻薬捜査官は、州警察官に援助のために、無線で連絡し、両方の自動車に停止を求めた。シャープは停止し、薬物捜査官はシャープと話すために自動車を寄せた。他方で、サウエージは、州警察官に停止させられるまで〇・五マイル進んだ。麻薬捜査官がサウエージを調べるために州捜査官のもとに行く間、無線で地方の警察官を呼び出し、シャープを監視させた。到着後、麻薬捜査官は、トラックから発するマリファナのおいに気付いた後、マリファナの梱を発見し、相当な理由に基づいてそれを搜索した。サウエージが拘束された時間は二〇分であつた。被告人側の権利侵害性の観点から拘束の合憲性を考えるマールシャル判事の立場からは、逃走を試みた「被告人の行為を、二〇分の延長について被告人に訴える権利を与えない、責任回避のための意図的な試みとみる」ことになり、それゆえ権利侵害が存在しないことになる。他方で、捜査機関の目的を考慮することにより、拘束が妥当な時間の範囲内かどうかで拘束の合憲性を判断する法廷意見の立場からは、「捜査機関の行為は、取調べのための時間稼ぎではなかつたので、被告人の行為が善意でも故意でも、その結果は同じである」⁽⁴³⁾ことになる。

次に、その第二基準、すなわち、「採られた捜査手段が、短時間で、捜査官の抱いた嫌疑を確かめ、それを解消するために、合理的に利用できる侵害の程度が最も低い手段」でなければならぬという基準について、ロイヤール判決における法廷意見は、被告人のバッグの中に薬物が存在するかを調べるのに、空港の事務所へ被告人を連行した上で取り調べるよりも、麻薬探知犬を利用する方がより迅速であることを一つの理由として、捜査官の行為を無令状の逮捕に該当すると認定し、⁽⁴⁴⁾ 違憲であると判示した。しかし、この基準の「侵害の程度が最も低い手段」という部分は、前述のシャープ判決において用いられていない。この理由について、ラフエイヴ教授は、この基準を用いると、「^(A)なぜ、一人の捜査官らは、二台の自動車と同じ場所に停止させることができなかったのか、^(B)なぜ、麻薬捜査官は、別の自動車を停止させる代わりに、マリファナがあると思われる自動車を最初に追跡しなかったのか、^(C)なぜ、薬物捜査官の到着を待つ代わりに、州警察官は、自分自身で必要な捜査を行わなかったのか、^(D)なぜ、当該地域における他の薬物捜査官らは、この捜査について、当該麻薬捜査官を援助しなかったのかに關して政府当局による説明がなければ、『侵害の程度が最も低い手段』の証明が存在しない」ことになり、政府当局に過度な証明責任を課すことになるので、「それが存続し続けることに対し疑問を投げかけたからであろう」とされる。⁽⁴⁵⁾

(b) 停止行為の場所的限界

次に、停止行為の場所的限界を検討する。

テリー判決以前は、「逮捕という用語は、人が身柄拘束状態におかれたり、完全な自由が制限されたあらゆる場合、そして、人の拘束がたとえ短時間であっても、それが継続される場合に用いられる」という理解から、捜査官が被疑者を別の場所に連行した場合、逮捕にあたりとされていた。しかし、テリー判決の判示内容および先のアレ

インメント前の手続に関する模範法典⁽⁴⁶⁾により、そのような判断が今日下されることはなくなつたとされる。しかしながら、どのような場所に連行してもよいわけではない。そこで、連行先の場所を区別して検討してみたい。

まず、警察署以外への連行を検討する。下級審レベルでは、被害者・目撃者による被疑者と犯人との同一性確認のために、被疑者が、停止された場所から犯行現場に連行された場合が問題とされる。この点について、ラフェイヴ教授は、下級審裁判例を詳細に検討し、⁽⁴⁷⁾ ①「短距離の被疑者の連行がその状況を処理するための迅速な手段であるように思われる場合に、…被疑者の連行を是認」するもの、⁽⁴⁸⁾ ②後述するダナウェイ判決に依拠して、当該停止行為を逮捕と判断し、相当な理由がなければ違憲であると判断するもの、⁽⁴⁹⁾ ③後述するヘイズ判決に依拠して、当該停止行為を逮捕と判断し、相当な理由がなければ違憲であると判断するものがある⁽⁵⁰⁾とされた上で、多くの裁判例が、⁽⁵¹⁾ ④の立場を採っているとされる。たしかに、⁽⁵²⁾ ⑤の裁判例に対しては、この立場が依拠するダナウェイ判決、ヘイズ判決は、警察署への連行を問題とした判例であり、犯行現場への連行の適否が問題となつた場合にこれに依拠することできるかは疑問であろう。

これに対し、連邦最高裁レベルでは、取調べ目的で、空港の事務所に連行された事実であるロイヤール判決がある。事件概要は以下のとおりである。空港の捜査官が、被告人を麻薬運搬人の手配書に合致するという理由で停止させ、航空券と運転免許証の提示を求め、それを調べた結果、被告人が偽名を使って旅行していることがわかつた。捜査官は、その後に麻薬捜査官であるという身分を告げ、被告人に、麻薬運搬の嫌疑があることを告げた。捜査官らは、被告人の同意なしに、メインコンコースから四〇フィート離れた事務所に連行した。一人の捜査官が被告人と一緒に事務所にいる間に、もう一人の捜査官が被告人の荷物を回収して事務所に戻つてきた。そして、被告人に当該荷物の捜索に同意するかを尋ねたところ、被告人は鍵を出して当該荷物を開けた。その中に麻薬が入つて

いた。このような事案において、連邦最高裁は、最初の停止行為と質問は合憲であるが、その後の捜査官の行為の合憲性は、テリー判決の第二の基準に従って、「捜査目的の拘束は一時的なものでなければならず、停止の目的を遂げるのに必要な時間を超えて継続してはなら」ず、かつ、「採られた捜査手段が、短時間で、捜査官の嫌疑を確かめ、それを解消するために、合理的に利用できる侵害の程度が最も低い手段」で判断されるとした上で、「州当局は、より迅速な方法で被告人のバッグの中身を調べることができたかどうかの問題に触れなかった。当裁判所は、バッグの中の禁制品の存在を調べるために、訓練された犬が利用できることを認識している。本件において、この手段が実行不可能で、利用できなかったということを示すものはない。もし、それが用いられたのであれば、被告人と当該バッグは、その捜査手続が行われる間、わずかな期間拘束されたであろう。拘束は全く必要なかったかもしれぬ」と判示⁽⁵³⁾、より侵害程度が低い捜査手段が存在したのであるから、捜査官による事務所への連行は、停止・捜検のルールのもとで許容される範囲を超え、必要以上に人身の自由を侵害するものであつて逮捕行為に該当し、相当な理由を有していなかった本件においては違憲であると判示し、証拠排除した。ロイヤール判決は、空港の事務所への連行を逮捕にあたると判示しているが、ラフエイヴ教授によれば、連邦最高裁は、「被告人は、捜査官らが同意なく、エアラインから検査した荷物を回収してきたことを発見した。公の場所で同意のある検査として開始されたものは、事務所における捜査目的の手續にエスカレートした。そこで、先の検査に満足しなかった捜査機関は、その疑惑を解消することを求めた。捜査官は、被告人の航空券と運転免許証を保管しており、バッグも押収していた。被告人は、自身の判断により自由に飛行機に乗ることができると告知されていなかった。」と判示⁽⁵⁴⁾て、同行の状況を検討していることを理由に、連邦最高裁は、何らかの場所への連行をすべて逮捕とするわけではないが、本件のように強制的要素があつた場合、「強制の程度の違いについてのそのような評価は、ときどき、た

とえ、その移動先が警察施設でなかったとしても、被疑者の移動が、停止を逮捕に変えるという結論を正当化するものである。」とされる。⁽⁵⁵⁾

では、警察署に連行された場合はどうか。この点、合理的な嫌疑が認められる被告人を、指紋採取のために、警察署に連行しその指紋を採取したという事案であるヘイス判決において、連邦最高裁は、「当裁判所は、たとえ短時間であっても、捜査目的で、相当な理由や令状を欠いて、捜査機関が、人がその場所にいる権利を有する住居や他の場所から、その者を強制的に移動したり、その者を拘束された場所である警察署に連行する場合、憲法によって守られるべき一線が越えられるとの考えを維持する。当裁判所は、このような身体拘束は、少なくとも裁判所の監督下に行われるのでなければ、ほとんど逮捕と変わらなくなってしまう、逮捕は相当な理由がある場合にのみ憲法上許容されるという伝統的なルールを援用するのに十分な事態となるのである。」と判示し、⁽⁵⁶⁾警察署へ連行を逮捕にあたり違憲とした上で、当該証拠を排除した。また、捜査官が、情報提供者から、被告人が殺人事件の犯人である旨の情報を獲得し、合理的な嫌疑に基づき被告人を停止させ、警察署に連行し、ミランダ警告を与えて取り調べたところ、被告人は犯行を供述したという事案であるダナウェイ判決において、連邦最高裁は、「停止と捜検という」これらの判例に関係する、(時間的に)短く、(場所的に)狭く制限された侵害行為と比べて、被告人の拘束は、重要な点で伝統的な逮捕と区別することができない。被告人は、その者が発見された場所で、短時間の尋問をされなかった。代わりに、被告人は、隣人の住居から、バトカーに乗せられて警察署に連行され、取調室におかれたのである。被告人は、決して自由に立ち去れることを告げられなかった」(括弧内筆者)と判示し、⁽⁵⁷⁾取調べ目的の警察署における拘束の合憲性を判断するために、伝統的な相当な理由のテストではなく、テリー判決の衡量テス

トが用いられるべきであるという州当局の主張を退けた上で、このような事情を考慮すれば、被告人は本格的な身柄拘束状態におかれたのであつて単に路上で停止された場合とは異なるから、本件警察署への連行は逮捕にあたり、これを行うには相当な理由が必要であり、これを欠いた本件連行は違憲であると判示し、当該自白を排除した。

いずれの判例も、警察署の連行を、逮捕にあたり違憲と判断しているが、「警察署における身体拘束は、逮捕の一手手前の拘束状態であり、停止や身体捜検のような路上における身体拘束に比べると、人身の自由に対する大きな制約である⁽⁵⁸⁾」ということを理由に、連邦最高裁は、権利侵害性の観点から、警察署への連行を直ちに逮捕にあたりと判断しているとみる見解が一般的である。

もっとも、ヘイズ判決は、「本件において、被告人の警察署への移動を必要なものとする、何らかの緊急状況が存在すると示すものは」ないと判示⁽⁵⁹⁾、無令状の逮捕が合憲と判断される例外存在を示唆する。ラフエイヴ教授も、「それが最も安全な手段であるという異常な状況は存在するので、被拘束者の警察署への連行が決して認められないということはできない。」とされ⁽⁶⁰⁾、例外的存在を肯定された上で、それを検討した裁判例として、捜査官らが被疑者を停止させた現場に、怒った群衆が集まった後、捜査機関は被疑者を警察署に移すことを決定したという事案において、「修正四条は、捜査機関に、自身の安全に対する相当な犠牲を払つて、現場で捜査を継続するか、捜査をやめるかを選ぶことを強制しないのである。」と判示したコートニー判決⁽⁶¹⁾を挙げる。

(c) 捜検の限界

最後に、捜検の限界について検討する。

前述のとおり、テリー判決において、連邦最高裁は、捜査官が行った捜検の合憲性について、「その開始時に、

捜査官の行為が正当化されるかどうか」だけではなく、「最初の干渉を正当化する状況の範囲に合理的に関係するかどうか」も考慮する必要があると判示した。そして、テリー判決は、捜検の要件として、まず、自身が警察官であることを告げ、合理的な質問をすることを挙げた上で、その結果、被疑者が武器を所持しているという合理的な嫌疑を抱いた場合、身体保護の目的で（第一の基準）、着衣の上からのパットダウンを行うこと（第二の基準）を挙げる。第二の基準について、捜査官に、まずパットダウンを行うことを要求したのは、捜査官が、まず堅い物を感じたということを経明することなく、被疑者の着衣中の捜検を正当化することができないとすることにより、プライバシー侵害を最小限度にすることを要するところにある。

レストランで薬物常習者数名と話をしている、薬物使用の嫌疑のある被告人を確認した捜査官が、被告人に近づき、外に出るように命じ、「何を探しているのか分かっているのだろう」と言ったところ、被告人がポケットの方に手を動かしたので、被告人よりも早くそのポケットに手を入れ、中に入っていたヘロインを取り出したという事案であるサイブロン判決⁽⁶²⁾において、連邦最高裁は、たとえ、捜査官が搜索の根拠を有していたとしても、捜査官は「最初に武器についての限定された検査を試みず、…その手を被告人のポケットの中に突っ込んだ」という点において、そのような行為は捜検として許容される範囲を超え、違憲であると判示し、当該証拠を排除した（なお、ラフェイヴ教授は、「捜査官が、パットダウンの代わりに、被疑者にポケットの中を空にすることを命じたにすぎない場合でも、同様の結論に至るであろう。」とされる⁽⁶³⁾）。しかし、サイブロン判決は、保護目的の捜検のすべての場合に、まず、パットダウンを行わなければならないと判示したわけではない。サイブロン判決以後、連邦最高裁は、自動車に座っている被疑者が、薬物を運搬しており、腰に銃を着けているという情報に基づき、捜査官が、被疑者が開けた窓ガラスから手を伸ばし、被疑者のベルトから銃を取り上げたという事案であるアダムス判決⁽⁶⁴⁾におい

て、「薬物を運搬し、武器を隠していると告げられ、午前二時一五分に犯罪多発地帯で自動車の中に一人で座っている者の行動を探索する間、捜査官はその安全に対する危険を憂えるのに十分な理由があるのである。被告人の挙動をより容易に観察するための、捜査官の降車の要請に従わなかった被告人が窓ガラスを開けたとき、被告人の腰の銃はより大きな脅威となったのである。これらの状況のもとで、銃が隠されていると考えた場所に手を伸ばした捜査官の行為は、その安全を確保することが意図された限定された侵入を構成する。我々は、それを合理的であると結論付ける。」と判示した。⁽⁶⁵⁾ アダムス判決は、捜査官が、武器が存在する確かな場所に関して、一定の情報を有していた場合、パットダウンの必要はないと判示したと解することもできる。しかし、ラフェイヴ教授は、そうではないとされた上で、アダムス判決が、パットダウンの必要性がないとした主たる理由は、捜査官が情報を得ていたことではなく、被告人が捜査官の降車の命令に応じず、有効なパットダウンを行うことが不可能であり、捜査官が本件行為にでる以外にその安全を確保することが困難であったことにあるので、捜査官が情報を得ていたとしても、「特定の場所に銃が存在することを疑っていれば、このことは、パットダウンを行わない理由とはならない」とされる。⁽⁶⁶⁾

アダムス判決は、①テリー判決の停止・捜検の合憲性に関する第二の基準について、一つの例外を示したが、下級審においては、被疑者が金属のように見える物のついたベルトに素早く手を動かしした場合や、⁽⁶⁷⁾ 捜査官が手が見えるようにしておくことを命じたにもかかわらず、被疑者が突然ポケットに手を動かしした場合のような、被疑者が危険となる挙動を示した場合、⁽⁶⁸⁾ パットダウンでは武器があるかどうかの判断がつかない場合に、捜査官の安全の確保を理由に例外を認めている。

このような例外にあたらぬ限り、捜査官は、まずパットダウンを行わなければならない。しかし、テリー判決は、捜検の目的について、単に武器を発見することではなくて、「捜査官に対する暴行のための」武器を発見することであると判示しているので、捜検の範囲として被疑者の身体の手をすべてを含むと解することはできず、武器が隠されていると合理的に疑われる場所に限定される。

これに対し、捜検の合憲性に関する第一の基準である、身体保護の目的に例外が認められるかが争われた判例もある。捜検をした捜査官が、被疑者の表のポケットの中に小さな塊を触知し、その後、さらなる詳細な検査に基づいて、その塊はプラスチックケースかセロファンテープに包まれたクラックココカインの塊であると結論付けたにもかかわらず、それを被告人のポケットから取り出したという事案であるディッカーソン判決⁶⁹において、連邦最高裁は、「(州裁判所が) 本件における捜査官が、テリー判決のもとで許容される、武器についての厳格に制限された捜索の境界線を越えたと判示したことは正しい。…本件において、そこに武器は含まれていないと結論付けた後の被告人のポケットに対する捜査官の継続された検査は、(テリー判決に基づき) 捜索の唯一の正当化事由：すなわち、捜査官や近くにいる他の者の保護とは無関係である。…それゆえ、それは、テリー判決が許容することを明確に拒否し、…その後の判例において我々が非難した証拠漁りの捜索 (evidentiary search) にあたるのである。」(括弧内筆者) と判示して、⁽⁷⁰⁾ 捜査官の行為を無令状の (完全な) 捜索として違憲とし、証拠排除した。したがって、連邦最高裁はこの基準に対する例外を認めず、捜査官が、適法なパットダウンにより、明らかに武器ではない物を触知した場合、それに対して捜索をすることは許されないとしたのである。

もっとも、ディッカーソン判決は、適法なパットダウンにより、明らかに武器ではない物を触知した場合、それに対して捜索をすることは許されない旨を判示しているので、ラフエイヴ教授は、「捜査官が、検査した被疑者の

服の中にある物が明らかに武器である可能性をいまだ否定していなければ、当該捜査官は、争われている対象物が典型的かつ明確に武器である可能性を否定する時点を超えるまで、触知し続けることができる」とされる⁽⁷¹⁾。

以上の検討により、停止行為の時間的・場所的限界の議論および捜検の限界の議論は、当該停止・捜検が、テリ―判決の、「搜索・押収が不合理であるかどうか」は、「開始時に捜査官の行為が正当化されるかどうか（第一の基準）」と、それが最初の干渉を正当化する状況に合理的に係るかどうか（第二の基準）」という基準の範囲内にあるか否かに関係する。殊に第二の基準について、停止・捜検による権利侵害の程度が最小限度に留まる必要があるかという点で判例の変遷があったものの、現在では停止・捜検とも、身体の安全確保の目的（第一の基準）で、その目的を達成する必要な行為（第二の基準）に限り合憲としている点で共通する。そして、右範囲を超える停止・捜検は、それぞれ押収（拘束）・搜索に該当し、令状がない限り原則として違憲となる。

(二) 被侵害者の承諾

次に、被侵害者の承諾について検討する。

アメリカでは、緊急状況等の例外にあたらぬ限り、捜査機関が相当な理由を有したとしても、無令状で家屋を搜索することは許されず⁽⁷²⁾、また、逮捕するために無令状で家屋に立ち入ることもできない⁽⁷³⁾。他方で、無令状の搜索であっても、同意があれば適法となることから、アメリカでは、同意を効率よく獲得し、無令状で搜索するという捜査手段が頻繁に用いられている。この捜査手段の代表的なものとして、いわゆる「ノックアンドトークス（knock and talks）」という捜査手段を挙げることができる。これは、捜査官がある住居のドアをノックし、その住居の所

有者や居住者と話すことを求め、最終的に搜索の同意を求めるといふものである。⁽⁷⁴⁾ この捜査手段は、捜査官がその居住者が禁制品を所持しているという情報を獲得したが、搜索令状を獲得するのに十分な情報を得ていない場合に用いられる。そして、この捜査手段によって、相当な数の同意が得られているとされている。⁽⁷⁵⁾ なお、エッシンガー教授は、この捜査手段の問題点として、その対象の多くが黒人とされているが、そのような背景が任意性判断に一切考慮されていないことを挙げられる。⁽⁷⁶⁾

右のような問題点があるとしても、前述のとおり、同意があれば無令状の搜索でも適法となる。しかし他方で、当該同意は任意になされたものでなければならぬとされる。連邦最高裁は、シュネックロス判決⁽⁷⁷⁾において、「明示的、黙示的な同意が実際に任意であつたか、強制・脅迫の産物であつたかどうかの問題は、すべての状況を総合することによって決定されるべき事実の問題である。同意を拒否する権利についての認識は、考慮されるべき要素の一つであるが、政府当局は、有効な同意の不可欠の要件として、そのような認識を証明する必要はない。…実際に、当該同意搜索が、強制的であつたかどうかを決定するために、関係する状況のすべてを検討する必要があるがその際に、同意する者の弱い心理だけでなく、巧妙である、捜査機関による強制的な質問を考慮しなければならぬ。…個々の同意の状況のすべてを分析することによってのみ、その同意が実際的に任意的か、強制的かを確かめることができるのである。同意搜索に関係する我々の先例において示されてきたものは、それぞれの事案における特有の事実および状況を、このように注意深く検討することなのである。」⁽⁷⁸⁾と判示し、同意が任意的であるかどうかの問題は、諸事情の衡量によって決定されるとした。もつとも、シュネックロス判決は、同意者の権利の認識が考慮される要素の一つであることを示したものの、具体的にどのような要素が考慮されるかを明らかにしていない。

この点について、ラフエイヴ教授は、「任意性のテストの内在的な不明確性と、連邦最高裁の指針に従うとされる一方で、自身の価値判断を決定プロセスに加える事実審および控訴裁判所の自由」を理由に、「特定の要素の組み合わせが、必ず、同意あるいは不同意の認定に結び付くと、確信をもって述べることはほとんどできない」が、連邦最高裁は、「効果的な刑事法の（執行の）ための道具の必要性と、刑法を、不正の道具として用いることができない」という社会的に深く根差した考え」という「二つの対立利益の調和」によって、任意性を判断してきたとされる。⁽⁷⁹⁾そして、具体的に考慮されてきた要素が、捜索に対する同意が与えられた状況（たとえば、捜査官の行為、捜査官の数、捜査官と接触した時間の長さ、場所）と、被疑者の性質（たとえば、年齢、成熟度、教育、知識、経験）である。⁽⁸⁰⁾そして、当該状況が捜査官の行為を正当化するかどうかは、捜査官の主観的な動機にかかわらず、客観的に判断されるので、客観的要素から、捜査官が同意を与えられたと合理的に信じた場合、当該立ち入りは違憲ではなくなる。⁽⁸²⁾

本稿では、「被疑者の態度に変遷があつた場合にどのように評価すべきか、また、どのような場合に黙示の同意を推定することができるのか」という問題意識から、同意が与えられた状況のうち、特に、同意者の対応に焦点をあてて検討してみたい。具体的には、いかなる対応がとられたときに、同意あるいは拒否したものと判断されるかを検討する。

(a) 態度の変遷

まず、任意性を判断する上で、被疑者の態度の変遷をどのように考慮するかを検討したい。被疑者が真犯人で

ある場合、捜査機関の捜索に対し自ら進んで同意しないであろうから、実際には、捜査官による説得がなされることが多い。捜査機関の説得に欺罔等があり、そのために同意権者が同意したような場合、任意の同意とはいえないこと⁽⁸³⁾はいうまでもないが、意思を制圧するに至らない程度の説得行為により、当初拒否していた者がその後同意に転ずる場合や、逆に、当初同意していた者がその後拒否に転ずる場合について、それをどう評価するかについて、連邦最高裁の明確な指針がないため、下級審裁判例を検討する。

当初拒否していた者がその後同意に転ずる場合かどうか。この点、ラフェイヴ教授は、飛行機全体の捜索を、それが自身の所有物でないことを理由に拒否していた被告人が、その後飛行機内にあつた自身の所有物の捜索に同意した場合に、これを有効な同意とした裁判例⁽⁸⁴⁾、当初拒否していた被告人が、捜査官による捜査の性質についての継続的な説明と、トランク内で発見された物を他罪の証拠として用いないという約束のもと同意した場合に、これを有効な同意とした裁判例⁽⁸⁵⁾を検討した上で、下級審裁判例は、「(被告人が)態度を変更する明らかな理由がない場合、当初同意することを拒否した者によって与えられた(その後の)同意は、信用されない⁽⁸⁶⁾」(括弧内筆者)としていとされる。

これに対して、当初同意していた者がその後拒否に転ずる場合かどうか。この点、「捜索の同意は取り消すことができ、それゆえ、ある者が捜索が完成する前の同意を有効に取り消せば、捜査機関はその同意に依拠して、その後捜索することができない」とされている⁽⁸⁷⁾。この撤回について、捜査機関が、被告人から口頭で任意の同意を獲得した後、同意書面に署名することを求めたが、これが拒否されたという事案において、下級審裁判例⁽⁸⁸⁾は、後の拒否は先の口頭での同意に疑いを向け、口頭での同意が任意であるかどうかを決定する際に、考慮されるべき要素であ

るが、先の口頭での同意の撤回を意味するものではないと解している点で共通する。アメリカでは、同意がなければ直ちに搜索は違憲となることから、当初の同意に焦点をあてているものと思われる。どの程度具体的に行動した場合に撤回にあたるのかは明らかではないが、ラフエイヴ教授は、当初住居への立ち入りのみを許可した被告人が、当該住居全体の搜索を拒否した場合に、後の要請に対しノーを言うことができたことは、当初の要請が強制ではなかったことを指し示すとした裁判例⁽⁹⁰⁾を挙げられた上で、後の行為が当初の同意の撤回と判断される場合を除いて、「態度を変更する明らかな理由がない」限り、当初の同意の任意性が肯定されるとされる。

(b) 黙示の同意

捜査機関が、黙認せざるを得ない状況を作出したといえる場合には、黙示の同意とはいえないものの、同意は必ずしも明示的なものでなく、黙示的なものでもよいとされている。この点について、連邦最高裁は、ピスウェル判決⁽⁹¹⁾において、ある者が「広く規制された事業を営む」場合、「自身の事業が有効な立ち入り検査を受けるであろうという認識で、事業を営んでいるのであり」、「規制された事業のビジネスマンは、事実上、自身に課せられた規制に同意するのである」ということを理由として、会社への執行官の検査を合憲と判示しており、黙示の同意を認めている⁽⁹²⁾。

しかしながら、あらゆる場合に黙示の同意を認めてしまうことには、学説上批判が強い。たとえば、ラフエイヴ教授は、「人がある行為をした場合、執行官によるプライバシーへの侵入行為がなされるということを認識し、その後、実際にそのことをしたという理由のみで、…同意が存在する」としてしまうと、「報道機関であるラジオやテレビが、午後一時以後、公道ですべての者が搜索を受けるということを公衆に対してアナウンスすれば、その

ことのみを理由に、捜査機関は、そのような捜索を受けるといふ黙示の同意の理論を用いることができることになってしまふ」し、「黙示の同意というアプローチは、ある憲法上の権利の行使が別の権利の放棄を意味しないという基本的な概念としばしば衝突する」ことになる⁽⁹³⁾。もっとも、このような批判を意識してか下級審裁判例は、黙示の同意を認定する場合を限定している。以下場合分けして下級審裁判例を検討する。

まず、一定の行為を行うために、行為者に、無条件で捜索を許容させる規定が存在する場合、その行為を行うことが黙示の同意となるかを検討する。アノバイル判決⁽⁹⁴⁾において、競馬関係業の営業のために必要とされる許可証を得る条件として、ニューヨーク州のギャンブル関係業を取り扱う部局 (Racing and Wagering Board) が、原告は、その住居や競馬場の寄宿舎の捜索に対し異議を唱える権利の放棄を要求している点について、裁判所は、行政検査の直接的な分析に基づいて、そのような捜索は不合理であると認定した後、「許可証の申請時に、権利を放棄させる規定を備える州当局の要求は不合理であり、我々は、原告の年一回の許可証の申請を有効な同意と解することを退ける。」と判示した。また、マンハン判決⁽⁹⁵⁾においても、四人の面会人は捜索を受けると記載された標識を通過した、面会人に対して行われた捜索について、当該通過行為が黙示の同意にあたるかを判断せずに、別の理由から当該捜索を合憲と判断している。

この点について、ラフエイヴ教授は、下級審は、「捜索が違法となる一定の状況のもとでも、人は捜索に対し黙示的に同意すると規定する法律を、立法府が成立させることができる」と判示することは、修正四条の規定を回避することを認めることになる」ことを理由に、この場合は、「捜索が行われる状況について、事前の告知が与えられたことが妥当かどうかのテストによるのではなく、これらの捜索が、修正四条の合理性の規定に合致するかどうか

のみを判断」し、当該検査が不合理であれば、黙示の同意を認めないとされる。その上で、一定の行為を行うために、無条件で捜索を許容させる規定が存在する場合は、「同意が明確に要求される」場合にあたるとされる⁹⁶。

次に、当該状況における事実から黙示の同意が推定される場合を検討する。この点について、ヒルトン判決は、ある女性が、自身のアパート内に以前交際していた男が銃をもって立てこもったため、助けを求めて警察に通報した場合、女性に立ち入りの許可を求めなかったとしても、同意は推定されると判示し、また、ブラウン判決も、当該住居の所有者である被告人が、捜査官を殺人の犯行現場である自宅に呼び出し、当該犯行は第三者によって犯された主張した場合、被告人は、犯罪の捜査に合理的に関係する建物を捜索する目的で、捜査官の立ち入りを許容したと判示した。これらの裁判例は、同意権者自ら捜査機関に連絡をしており、捜査官の立ち入りの要請がなかったとしても、事実上同意が推定される場合であるといえる。

これに対し、黙示の同意を否定した裁判例としてシャイブ判決⁹⁷がある。シャイブ判決の事件概要は以下のとおりである。捜査機関は、団地において、ある男を探して、エントランスゲートのプザーを押しした。被告人は、インターフォン越しに、そこにいるのは誰だと尋ねたが、捜査官らは返事をしなかった。その後、ゲートが開いて、捜査官らは中に立ち入った。捜査官らは玄関の広間に立ち入り、被告人は、自宅のドアを開けたまま家を出た。捜査官は、被告人を発見し、自身が捜している男が中にかくかを尋ねた。被告人は向きをかえて、ドアを開けたまま自宅に入った。捜査官も追隨した。そこで、捜査官は自身が捜している男を発見できなかったが、被告人が銀行詐欺を犯したという証拠を発見した。このような事案において、本件原審は、被告人は自身がドアを開けたままにして部屋に入ったときに、捜査官に対し、自身のアパートに立ち入り捜索させるといって「黙示の招きいれ

(invitation)」を行ったと判示した。これに対し、第九区巡回控訴裁判所は、同意は明確になされるべきであり、黙示の同意は簡単に推定されるべきではないとした上で、「捜査機関の所持する令状の代わりに、開かれたドアが認められる行為の範囲に影響を与えることがあるかもしれないが、捜査機関が単なる黙認から同意を推定した場合、開かれたドアが、捜査機関に、明示的な要請を欠いて住居に立ち入る法的な根拠を与えるという根拠は存在しない。我々は、たとえドアが開いたままであったとしても、まず立ち入りの許可を求めることなく、他人が自分の家に立ち入るとは思わない。立ち入りを求めることなく捜査機関が立ち入ったことは、そうする権限があるという考えを創設することになる。『同意がバッジの色に基づいて獲得されたという状況では、黙示的な強制がある』という当裁判所の基準に照らして、我々は、捜査官らの被告人の住居への強引な立ち入りに異議を申し立てなかったことを、黙示的な同意というよりもむしろ、権力への服従を指し示すものと考ええる。そのような服従は有効な同意ではない。」と判示し、原判決を破棄した。その後の裁判例も捜査官による立ち入りの要請がない場合、無令状の立ち入り行為を違憲と判断している。

当該裁判例は、同意は原則として、明示的になされなければならないとしつつも、一定の範囲で黙示の同意を認めている。しかし、黙示の同意が認められるためには、捜査機関による明示の要請がなければならないとしている。それゆえ、たとえば、シャイプ判決において、捜査官らによる明示的な要請が存在すれば、ドアを開けたままにしておくという被告人の消極的な行為が、黙示の同意を推定する要素になると思われる。

以上検討したように、アメリカでは、黙示の同意については盛んに議論されているものの、黙示の拒否についての議論はほとんどなされていないといつてよい。アメリカでは、同意が認められない場合、原則として無令状の捜

索は直ちに修正四条違反となることから、同意権者が明示的に同意あるいは拒否をしなかった場合、黙示の同意の有無を論ずればたりると考えられていたためであると思われる。しかしながら、黙示の拒否という概念を認めざるを得ない場合も存在する。アメリカでは、(共同管理権を有する) 第三者が行った同意の影響力が問題されている⁽¹⁰⁾が、連邦最高裁は、ランドルフ判決⁽¹⁰⁾において、被告人の妻によって捜査官に与えられた同意を根拠とする、夫の住居の無令状の搜索は、物理的にその場所において、明確に同意することを拒否した被告人に対しては違憲であるとするため、同意権者が明示的に同意あるいは拒否をしなかった場合、第三者がした同意を打ち消すために、その態度が黙示の拒否にあたるかを検討せざるを得なくなったのである。この点を検討した裁判例がマッカーレル判決⁽¹⁰⁾である。事件概要は以下のとおりである。捜査官らは、被告人には薬物及び銃器所持で未執行の逮捕令状が存在するという匿名の通報に基づき、その存在を確認し、被告人宅を搜索することにした。おおよそ二週間後、被告人が自宅にいるという情報を受け、捜査官らは被告人宅へ赴き、来意の告知を行った。被告人は、すぐにガレージのドアを閉じ、玄関のドアを閉じ当該住居に立てこもった。その後、被告人の妻が当該住居から出てきた。捜査官は、妻の持っていた携帯電話で被告人と会話した。捜査官は、会話の内容から、被告人が懸念していたのはその逮捕であると認識した。携帯電話でのやり取りの後、住居から出てきた被告人は直ちに逮捕され、警察署に連行された。その際に、捜査官らは、被告人に当該住居の搜索の同意を求めるところをしなかった。被告人の連行後、捜査官らは妻から同意を得て被告人宅を搜索し、銃器を発見した。このような事案において、被告人は、捜査官らが来意告知をした後、直ちにドアを閉じ当該住居に立てこもったことは、黙示の拒否にあたるので、その後妻から同意を得たとしても、捜査官らの行為はランドルフ判決の判旨に反し、違法である旨を主張した。第十区巡回控訴裁判所は、ランドルフ判決は同意権者の明確な拒否があったが、本件において、被告人は、捜査官らが当該住居に到着したと

き、捜査官らに住居から出て行けと決して言わなかったこと、被告人が捜査官と電話で話したとき、逮捕令状については触れたが、捜索可能性については触れなかったこと等を理由に、被告人の唯一の関心は自身の逮捕にあり、当該住居の捜索ではなかったのであるから、当該被告人の行為を捜索に対する黙示の拒否と推定することはできず、被告人の拒否を前提とするランドルフ判決を適用できないとして、被告人の主張を退け、捜査官らの行為を適法とした。本判決は、黙示の拒否の概念が認められることを示したが、本件事案においてはその存在を否定した。どのような事情が存在した場合に、黙示の拒否が認められるかは今後の裁判例の展開を待つほかない。

以上の検討により、アメリカでは、適法な説得行為により、当初拒否していた者がその後同意に転ずる場合、「態度を変更する明らかな理由がな」い限りその同意は認められないとされている。これに対し、当初同意していた者がその後拒否に転ずることは、当初の同意を撤回することにより認められるものの、当初口頭で同意した者がその後同意書面に署名することを拒否しただけでは、当初の同意の撤回にはあたらず、当初の同意の任意性判断の一要素とされている。この場合も、「態度を変更する明らかな理由がな」い限りその同意の任意性が肯定される。

また、アメリカでは黙示の同意・拒否という概念が認められているものの、これらが認められる範囲は限定されている。黙示の同意は、一定の行為を行うために、無条件で捜索を許容させる規定が存在する場合、「同意が明確に要求される」ことから、その行為を行うことは黙示の同意とはならない。また、原則として、捜査官による立ち入りの要請がない場合、黙示の同意は認められないが、当該状況における事実から同意の存在が推定される場合、すなわち、同意権者自ら捜査機関に連絡をした場合には、捜査官による立ち入りの要請がなかったとしても、黙示の同意は認められる。これに対し、黙示の拒否はその概念を認める必要性が乏しいため、原則として認められない

が、第三者が搜索に同意した場合といふかなり限定的な場合にのみ認められる可能性がある。

三．日本法への示唆

(一) アメリカ法総括

以上検討してきたアメリカ法を総括する。

まず、停止行為の時間的・場所的限界および捜検の限界について、それらの議論は、当該停止・捜検が、テリ「判決の、「搜索・押収が不合理であるかどうか」は、「開始時に捜査官の行為が正当化されるかどうか（第一の基準）」と、それが最初の干渉を正当化する状況に合理的に関係するかどうか（第二の基準）」という基準の範囲内にあるか否かに関係する。殊に第二の基準について、停止・捜検による権利侵害の程度が最小限度に留まる必要があるかという点で判例の変遷があつたものの、現在では停止・捜検とも、身体の安全確保の目的（第一の基準）で、その目的を達成する必要な行為（第二の基準）に限り合憲としている点で共通する。そして、右範囲を超える停止・捜検は、それぞれ押収（拘束）・搜索に該当し、令状がない限り原則として違憲となる。

次に、同意搜索における同意の任意性について、アメリカでは、適法な説得行為により、当初拒否していた者がその後同意に転ずる場合、「態度を変更する明らかな理由がない」限りその同意は認められないとされている。これに対し、当初同意していた者がその後拒否に転ずることは、当初の同意を撤回することにより認められるもの、当初口頭で同意した者がその後同意書面に署名することを拒否しただけでは、当初の同意の撤回にはあたらず、

当初の同意の任意性判断の一要素とされている。この場合も、「態度の変更を明らかにする理由がない限りその同意の任意性が肯定される。

また、アメリカでは黙示の同意・拒否という概念が認められているものの、これらが認められる範囲は限定されている。黙示の同意は、一定の行為を行うために、無条件で捜索を許容させる規定が存在する場合、「同意が明確に要求される」ことから、その行為を行うことは黙示の同意とはならない。また、原則として、捜査官による立ち入りの要請がない場合、黙示の同意は認められないが、当該状況における事実から同意の存在が推定される場合、すなわち、同意権者自ら捜査機関に連絡をした場合には、捜査官による立ち入りの要請がなかったとしても、黙示の同意は認められる。これに対し、黙示の拒否はその概念を認める必要性が乏しいため、原則として認められないが、第三者が捜索に同意した場合といふかなり限定的な場合にのみ認められる可能性がある。

(二)日本法への示唆

次に、前述のアメリカの議論を参考に日本法を考えてみたい。

前述のとおり、「違法の重大性」について、判例は、⑦無令状の強制処分がなされれば直ちにこれにあたると思われる見解と、①無令状の強制処分というだけではこれにはあたらず、諸要素の比較衡量によって決するとみる見解とが対立しており、⑦の見解と平成二二年決定との整合性を保つためには、侵害された権利の内容に着目する必要がある。たしかに、下級審裁判例において「違法の重大性」が肯定された事案は、所持品検査の場合よりも任意同行の場合の方が圧倒的に多い。そのため、下級審裁判例は、「違法の重大性」の判断において権利の内容を重視し

ているとみることも可能であると思われる。これに対し、最高裁において「違法の重大性」が肯定された事案は一件しかなく、所持品検査が違法とされた事案、任意同行が違法とされた事案のいずれにおいても、「違法の重大性」が否定されているので、最高裁が下級審のように解しているか明らかではない。

そこで、アメリカにおける議論をみてみると、連邦最高裁は、排除法則を、証拠収集行為が違憲である場合に適用するとした上で、一定の要件を満たした停止・捜検は、押収（拘束）・搜索の例外とされ合憲であるが、右範囲を超える停止・捜検は令状がない限り原則として違憲となり、排除法則が適用されるとしている。ここで重要なことは、連邦最高裁は原則として違憲であれば証拠排除を認めるので、無令状の押収（拘束）と搜索とで区別していないということである。それゆえ、連邦最高裁は、排除法則の適用を判断する上で権利の内容の違いに着目していないといえよう。

右アメリカの議論を参考に、わが国の最高裁判例を検討する。最高裁は、昭和五三年判決において、刑訴法一条の解釈として排除法則を認め、排除法則を適用する基準として「証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法」の存在を挙げた。そして、「憲法三五条」はアメリカにおける修正四条に類似する。もし、「令状主義の精神を没却する」を「令状主義に反する」と解し、無令状の強制処分を「重大な違法」にあたると解するのであれば、アメリカと同様、捜査機関の行為が憲法上の「搜索」、「逮捕」にあたるか否かが重要であることになる。このことを前提に考えれば、㉞の見解を採った上で、「違法の重大性」を判断する際に権利の内容の違いに着目することはできないのではなからうか。そうすると、やはり、㉟の見解のように解すべきであると思われる。

また、被告人の諾否について、前述のとおり、最高裁は明示の承諾も拒否もない場合であっても、当該状況から黙示の承諾・拒否を認定していると考えられる。このように認定する意義は、最高裁の判断が三段階、すなわち、(1)適法、(2)違法であるが「重大な違法」ではない、(3)「重大な違法」に分かれており、前述のとおり、最高裁が明示の承諾も拒否もない場合を一括して(2)にあたるとしていると理解することは、妥当ではないように思われるからである。私見からは、最高裁は、明示・黙示の承諾を(1)、黙示の拒否を(2)、明示の拒否を(3)にあたるかと解していると考えられる。これに対し、アメリカでは黙示の承諾は認めるものの、原則として黙示の拒否は認めない。前述のとおり、認める必要性が乏しいからであるが、日本では、黙示の承諾と拒否とは法的効果が異なるので、黙示の拒否を認定する必要性が大きいといえよう。むしろ、「重大な違法」にあたるか否かは、被告人の承諾の有無だけでは決定されないことはいうまでもない。最高裁は、「違法の重大性」の判断において、前述した諸要素を考慮しているからであるが、そのような事情がなければ、「違法の重大性」が肯定されるものと思われる。¹⁰⁴

そして、諾否の変遷が任意であるか否かについて、前述のとおり、わが国の最高裁もアメリカの下級審裁判例と同様に、「態度を変更する明らかな理由」を基準に判断していると思われる。このことに関連して、判例（たとえば、最決昭和五九年二月二十九日（刑集三八卷三三号四七九頁）。）が被告人の承諾の存在を認定し、侵害利害が存在しないにもかかわらず、取調べの場合にも、利益の比較衡量によつて判断する、任意捜査の適法性判断の基準たる「相当性」を用いて適法と判断した理由を、「相手方の同意がある場合であっても、それが積極的な同意とは言い難い場合には、対象者に生じる不利益や負担を完全に無視することは許されず、それと利益衡量において、捜査には一定の制約が生じる」ためであると説明する見解について、大澤教授は、「意思決定の自由があるもとで有効な承諾がなされていれば、その場合には、承諾している以上、権利制約はないということになるのが筋である」ので、

右見解は「個人の利益とその承諾による放棄という考え方の枠内で説明しきれるものなのか」疑問であるとされる⁽¹⁰⁵⁾。たしかに、承諾の程度を問題とすることは妥当ではなく、消極的な承諾であっても有効な承諾とすべきであるが、承諾の範囲いかんによつては制約利益が残る場合もある。この点について、当初拒否していた被告人が捜査機関の説得により承諾する場合、判例は諸否の変遷の理由を検討することによつて実質的に制約利益が存在したかどうかを検討している。そして、昭和五九年決定のように、宿泊を伴う取調べがなされた場合、そこでの被侵害利益は行動の自由であつて、意思決定の自由ではない⁽¹⁰⁶⁾。たしかに、通常自由な意思で宿泊や取調べに応じた場合、被告人によつて行動の自由が放棄されたと考えることもできよう。とはいえ、宿泊すること自体には承諾が存在するが、その際に捜査官の監視がついていることについては承諾がなく、承諾が及んでいない範囲では行動の自由が制約されたと考えることもできるので⁽¹⁰⁷⁾、必ずしも表裏の関係にあるとはいえない。したがつて、判例は、このように制約利益が存在したがゆえに「相当性」の基準により適法性を判断したものとと思われる。

(1) たとえば、大澤裕・杉田宗久「対話で学ぶ刑訴法判例 違法収集証拠の排除」法教三二八号(二〇〇八年)八七頁(大澤裕発言)、多田辰也「排除法則の再構築」村井敏邦編『刑事司法改革と刑事訴訟法(下)』(二〇〇七年)八九八―八九九頁、渡辺修『捜査と防衛』(一九九五年)一九三―一九四頁。

(2) 佐々木正輝・猪俣尚人『捜査法演習』(二〇〇八年)一〇、六四―六五頁は、「搜索」が直ちに「重大な違法」にならな
いとした上で、「違法収集証拠の排除法則を最高裁が定立したときに、…令状主義の精神を没却するような重大な違法があ
つた場合には排除すると言つた。単に令状主義に反するだけでも、憲法の掲げる令状主義に違反しているのですから、そ
れは重大な違法でしょう、だから排除相当でしょう」という議論は当然あり得る。しかし、最高裁はそうは言わなかつた。
その精神を没却するような重大な違法があつて初めて排除に値するのだとした」されるが、この見解は、判例が無令状の

強制処分Ⅱ「重大な違法」と解していないことを「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という判示内容から読み取れることを前提とされているように思われる。

(3) 田口守一ほか「座談会・排除法則の現状と展望」現刑五卷一頁(二〇〇三年)一一―一二頁(田口守一発言)。なお、多田前掲注(二)八九三―八九四頁、石井一正「違法収集証拠排除の基準」判タ五七七号(一九八六年)一四頁も同旨。

(4) 多田前掲注(一)八九八頁。

(5) 井上正仁「強制処分と任意処分の限界」別ジュリ一七四卷(刑事訴訟法判例百選「第八判」、二〇〇五年)五頁。なお、大澤裕「強制処分と任意処分の限界」別ジュリ二〇三卷(刑事訴訟法判例百選「第九判」、二〇一〇年)五頁も同旨。

(6) この点について、石井前掲注(三)一五頁も、「違法行為によって侵害された利益の程度と違法行為の法規からの逸脱の度合いは、一応区別することができるが、両者は相関連することが多い」とされる。

(7) たとえば、千葉地松戸支部判平成四年二月一日(判時一四五八号一五八頁)は、バッグを手放すまいと激しく体を揺すったり足をばたつかせる被告人に対し、捜査官らが説得することもなく、馬乗りになった上、その頬を平手で数回殴打したところ、被告人がバッグを手放したという事案において、被告人がバッグを手放したことを黙示の承諾と認定した上で、捜査官らの対応から承諾の任意性が失われるとした。これに対し、東京地判昭和六一年八月二五日(判夕六二二二号二四三頁)は、捜査官が、任意同行を拒否する被告人らへ、被告人が運転していた自動車の中から順次引出し、パトカー内に收容し、その中で被告人らの身体の所持品検査を行ったが、その際に、当該所持品検査に対する被告人らの諾否は不明であったという事案において黙示の拒否を認定している。

(8) 水野智幸「違法収集証拠排除法則の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題(第二版)』(二〇一〇年)三六九頁。

(9) この点について、原田國男「所持品検査及び採尿手続に違法があってもこれにより得られた証拠の証拠能力は否定されないとした事例」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和六三年度』三四七頁は、昭和六一年判決は「必ずしも諾否の態度が明白でないケースについて承諾がないとしよううえで、その点を証拠を排除しない理由の一つの理由とした」とされるが、前述の理由からこのようにいうことはできないであろう。

(10) 田口前掲注(三)一一頁「山崎学発言」。

(11) 今崎幸彦「採尿手続に違法があっても尿の鑑定書の証拠能力は肯定できるとされた事例」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成七年度』二二六頁。

(12) たとえば、上口裕『刑事訴訟法(第二版)』(二〇一一年)四六〇頁は、「アメリカ法においては、わが国の排除基準からみると軽微といふべき手続の違法についても証拠排除がなされるため、いわば広がりすぎる排除法則の効果を限定するた

- めに、例外法理が必要とされるという、アメリカ法固有の事情があることに注意しなければならない。」とされている。
- (13) *Virginia v. Moore*, 553 U.S. 164 (2008).
 なお、ムーア判決を紹介したものに、壇上弘文「アメリカ刑事法の調査研究(119)」比較法雑誌四三巻一号(二〇〇九年)二二五頁がある。
- (14) *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996).
 なお、ウーレン判決を紹介したものに、洲見光男「*Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996) — 他罪調査を目的とする交通事犯者の一時停止(抑留)が合憲とされた事例」アメリカ法一九九七年二号(一九九八年)二二七頁、成田重樹「アメリカ刑事法の調査研究(76)」比較法雑誌三二巻二号(一九九八年)一六六頁がある。
- (15) *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988).
 なお、グリーンウッド判決を紹介したものに、山内香幸「アメリカ刑事法の調査研究(39)」比較法雑誌二二巻四号(一九八九年)一一五頁がある。
- (16) *Won Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).
 なお、ウォンサン判決を紹介したものに、小早川義則『毒樹の果实論』(二〇一〇年)三二二頁がある。
- (17) *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), at 906.
 なお、レオン判決を紹介したものに、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第三巻』(一九八九年)六八頁(鈴木義男執筆)、小早川前掲注(一六)二九一頁がある。
- (18) *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).
 なお、テリー判決を紹介したものととして、渡辺修「職務質問の研究」(一九八五年)一五〇頁、松尾浩也「*Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968) — 凶器携帯の疑いのある者に対し、警察官が着衣の上から軽くたたいて探索すること(いわゆる frisk)は、第四修正に反しない」アメリカ法一九六九年二号(一九七〇年)二四六頁がある。
- (19) 緑大輔「合衆国における同意捜索の問題」修道法学二七巻一号(二〇〇四年)三頁。
- (20) *Canara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967).
- (21) 洲見光男「嫌疑に基づかない捜索と修正四条の保護」法学論叢七九巻六号(二〇〇七年)四六一—四七頁。なお、堀田周吾「任意捜査の相当性判断に関する一考察」法学会雑誌四七巻一号(二〇〇六年)二七頁以下も参照。
- (22) 洲見同右五〇—五一頁。なお、堀田同右二九頁以下も参照。
- (23) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

なお、カツ判決を紹介したものと、山中俊夫「盗聴の規制」別ジュリ五九号（英米判例百選Ⅰ公法 一九七八年）一七六頁がある。

- (24) *Id.*, at 361 (Harlan, J., concurring).
- (25) 洲見前掲注（二一）五〇—五一頁。なお、堀田前掲注（二一）二九頁以下も参照。
- (26) *Kylo v. U. S.*, 533 U.S. 27 (2003).
なお、キロー判決を紹介したものと、洲見光男「*Kylo v. U. S.* 533 U.S. 27, 121 S. Ct. 2038 (2001) —令状によらない熱画像器（温度感知器）の使用が修正四条に違反するとされた事例」アメリカ法二〇〇三年一号（二〇〇三年）がある。
- (27) *U. S. v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012).
なお、ジョーンズ判決を紹介したものと、土屋真一「捜査官がGPSにより公道を走る被疑者の車を監視することは、違法な捜索か？」判時二一五〇号（二〇一二年）三頁、拙稿「刑事訴訟における違法判断と損害賠償」法学会雑誌五三巻一号（二〇一二年）四〇〇頁がある。
- (28) ちなみに、停止行為として許容されるものとして、運転手に対する自動車からの降車命令（*Pennsylvania v. Mimms*, 434 U.S. 106 (1977).）同乗者に対する降車命令（*Maryland v. Wilson*, 519 U.S. 408 (1997).）適法な停止中における当該犯罪と無関係な犯罪にわたる質問（*Arizona v. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009).）がある。いずれも権利侵害の軽微性を理由に合憲と判断されている。
- (29) Comment, 76 Tul. L. Rev. 211, at 226 (2001).
- (30) *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983).
なお、ロイヤール判決を紹介したものと、渡辺前掲注（一八）一三五頁がある。
- (31) *Id.*, at 500.
- (32) Model Code of Arraignment Procedure § 110. 2(1) (1975).
- (33) *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).
なお、ブレイス判決を紹介したものと、渡辺前掲注（一八）一四四頁がある。
- (34) *Id.*, at 710.
- (35) Wayne R. LaFare, *Search and Seizure*, Vol. 4 (4th ed., 2004), at 332.
- (36) *Place*, *supra* note (33), at 709-710.
- (37) *United States v. Richards*, 500 F. 2d 1025 (9th Cir. 1974).

- (38) LaFave, *supra* note (35), at 335-340.
- (39) United States v. Sharpe, 470 U. S. 675 (1985).
- (40) *Id.*, at 685.
- (41) *Id.*, at 696 (Marshall, J., concurring).
- (42) LaFave, *supra* note (35), at 344.
- (43) See, LaFave, *supra* note (35), at 345.
- (44) Royer, *supra* note (30), at 505-506.
- (45) LaFave, *supra* note (35), at 346.
- (46) Model Code of Arraignment Procedure § 110. 2(1) (1975).
- 当該法律は、具体的な状況のもとで、「捜査官は、人に、捜査官の面前でそのような場所の近くに留まることを命ずることができる」と規定し、また、立法者も、「その概念は柔軟であることが意図されている。捜査官は、公道で停止された者に對し、パトカーや近くの電話ボックスに来るように命ずることができる。しかしながら、捜査官には、その者を警察署に同行することや、当該地域を二〇分間自動車に乗せ続けたり、あるいは町を超えて同行する権限はない。」と説明していたとされる (See, LaFave *supra* note (35), at 348)。
- (47) E. g. Gallegos v. City of Los Angeles, 308 F. 3d 987 (9th Cir. 2002); State v. Mitchell, 527 A. 2d 1168 (1987); Buckingham v. State, 482 A. 2d 327 (Del. 1984).
- (48) Dunaway v. New York, 442 U. S. 200 (1979).
- なお、タナウエー判決を紹介したものに、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第一巻』(一九八二年)一四七頁(酒井安行執筆)、小早川前掲注(一六)三五七頁がある。
- (49) E. g. People v. Bloyd, 331 N. W. 2d 447 (1982); United States v. Chamberlin, 644 F. 2d 1262 (9th Cir. 1980); State v. Crowder, 613 P. 2d 909 (1980).
- (50) Hayes v. Florida, 470 U. S. 811 (1985), at 816.
- (51) State v. Guzman, 752 A. 2d 1 (R. I. 2000).
- (52) LaFave, *supra* note (35), at 351-352.
- (53) Royer, *supra* note (30), at 505-506.
- (54) Royer, *supra* note (30), at 504.

- (55) LaFave, *supra* note (35), at 357.
- (56) Hayes, *supra* note (50), at 816.
- (57) Dunaway, *supra* note (48), at 212.
- (58) ロンドン V. テルヒカーメン 著、佐伯千仞監修『アメリカ刑事手続法概説』（一九九四年）一三九頁。
- (59) Hayes, *supra* note (50), at 817.
- (60) LaFave, *supra* note (35), at 356.
- (61) People v. Courtney, 11 Cal. App. 3d 1185 (1970).
- (62) Sibron v. New York, 392 U. S. 40 (1968).
- なお、サイブロン判決を紹介したものと、渡辺前掲注（一八）（一九八五年）一五四頁がある。
- (63) LaFave, *supra* note (35), at 655.
- (64) Adams v. Williams, 407 U. S. 143 (1972).
- (65) *Id.*, at 147-148.
- (66) LaFave, *supra* note (35), at 655-656.
- (67) E. g. Commonwealth v. Brown, 335 A. 2d 782 (1975); Merritt v. State, 213 S. E. 2d 84 (1975).
- (68) E. g. United States v. Marrero, 152 F. 3d 1030 (8th Cir. 1998); United States v. Smart, 98 F. 3d 1379 (D. C. Cir. 1996).
- (69) Minnesota v. Dickerson, 508 U. S. 366 (1993).
- なお、ディッカーソン判決を紹介したものと、洲見光男『ブレイン・フィールの法理―武器の捜検の際に発見された禁制品の押収―』『刑事法学の新動向下巻』（下村康正先生古稀祝賀論文集）（一九九五年）一四一頁、稲田隆司「合衆国における『ブレイン・フィール法理』の成立と展開」北大法学論集四六巻四号（一九九五年）九六三頁、山室恵「『ブレイン・フィール』の例外を認めた合衆国連邦最高裁判所の判例」ひろば四九巻一―二号（一九九六年）七七頁。
- (70) *Id.*, at 378.
- (71) LaFave, *supra* note (35), at 663.
- (72) Brigham City v. Utah, 126 S. Ct. 1943 (2006), at 1947.
- (73) Payton v. New York, 445 U. S. 573 (1980), at 585-590.
- (74) ノックアンドトークスは、居住者に対する同意を求める捜査手段であるが、捜査機関が、自動車運転者に対して同意を求めて停止させることもある。この問題点として、ラフェイヴ教授は、①ある交通法規に違反することなく、長距離を移

- 動することができる運転者はいないので、その技術は、事実上、あらゆる自動車運転者に対して用いることができること、②薬物や武器の所持の嫌疑がない場合でさえも、その技術は、それを求める捜査機関の願望のみを理由として用いることができること、③どの運転者を停止させるかを選ぶ際の捜査機関の裁量は、捜査機関が、「法執行活動の根拠として、まったく認められない要素によって、発見されるグループのメンバーを対象とすること」ができることを意味することになること、④自動車の停止を理由に、おそらく、同意を求められた運転者は、「自身が、当該捜索の同意を拒否する権利を有していること、あるいは立ち去る権利を有していることに気づかない」であろうこと、⑤この技術についての広範囲にわたる捜査機関の訓練の結果として、「自動車運転者およびその他の者から同意を獲得する巧妙な技術を有する州警察官および捜査官によって、ますます用いられる」おそれがあることを挙げられる (LaFave, *supra* note (35), at 54.)。
- (75) エッシンガー教授によれば、セントルイスでは、この捜査手法により九八%の確率で同意を得ることができたとされる (Jaelyn M. Essinger, *Making Homes Safer with Safe Homes: A Look at the Controversial Way Boston Attempted to Reduce Youth Violence*, 43 *Suffolk U. L. Rev.* 983 (2010), at 994.)。
- (76) *Id.*, at 996-997.
なお、渡辺前掲注(一八)六六頁も、「警察官は、黒人とは文化的、生物学的に生来犯罪者であると確信している」とされる。
- (77) *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U. S. 218 (1973).
なお、シュネックロス判決を紹介したものととして、佐藤文哉「*Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U. S. 218 (1973) — 捜索に対する承諾の任意性は、あらゆる事情を総合的に斟酌して肯認できればよく、承諾者が拒否権の存在を知っていたことは、その際に斟酌すべき一要素ではあるが不可欠の要素ではない」アメリカ法一九七五年一号(一九七五年)一二五頁がある。
- (78) *Id.*, at 248-249.
- (79) LaFave, *supra* note (35), at 54.
- (80) *United States v. Watson*, 423 U. S. 411 (1976), at 424.
- (81) *Stuart, supra* note (72), at 1948.
- (82) *Illinois v. Rodriguez*, 497 U. S. 177 (1990), at 186-188.
- (83) 捜査官が、捜索合状を所持していると欺罔した場合に、同意は有効とはいえないとした判例として、*Bumper v. North Carolina*, 391 U. S. 543 (1968).
- (84) *United States v. Richards*, 500 F.2d 1025 (9th Cir. 1974).

- (85) State v. Green, 133 N. H. 249 (N. H., 1990).
- (86) Wayne R. LaFave et al., *Criminal Procedure*, § 3.10 (b) (2d ed. 1999).
- (87) LaFave, *supra* note (35), at 99.
- (88) E. g. U. S. v. Lathmore, 87 F. 3d 647 (4th Cir. 1996), at 651; United States v. Castillo, 866 F. 2d 1071 (9th Cir. 1988), at 1081-1082; United States v. Boukater, 409 F. 2d 537 (5th Cir. 1969), at 539.
- (89) この点については、同意した被告人が、その後明確に「捜索は終わりで。捜索をやめてくれ。」といった場合に撤回を認められた裁判例として、United States v. Dichiarante, 445 F. 2d 126 (7th Cir. 1996).
- (90) United States v. Dickerson, 975 F. 2d 1245 (7th Cir. 1992).
- (91) United States v. Biswell, 406 U. S. 311 (1972).
- (92) なお、保護観察の条件として無条件の捜索を規定した命令書に署名した被告人が、その後捜査官による無令状の捜索を受けたナイツ判決 (United States v. Knights, 534 U. S. 112 (2001)) において、「被告人は保護観察付きの仮釈放を拒否するか、投獄され続けるかの選択権を有しているので、被告人が捜索条件を受け入れたことは任意である」という政府当局の主張に対して、連邦最高裁は回答を留保した (*id.*, at 118)。それゆえ、ピスウェル判決以降の連邦最高裁がいかなる立場に立つのかは必ずしも明らかではない。
- (93) LaFave, *supra* note (35), at 123.
- (94) Anobile v. Pelligrino, 303 F. 3d 107 (2d Cir. 2002).
- (95) State v. Manghan, 313 A. 2d 225 (1973).
- (96) LaFave, *supra* note (35), at 124.
- (97) United States v. Hytkon, 349 F. 3d 781 (4th Cir. 2003).
- (98) Brown v. State, 856 S. W. 2d 177 (Tex. Crim. App. 1993).
- (99) U. S. v. Shaibu, 920 F. 2d 1423 (9th Cir. 1990).
- (100) Isbell v. Hughes, WL 2246362 (D. Ariz., 2006).
- (101) 第三者が行った同意の影響力の議論については、緑前掲注(一九)一四頁以下を参照。
- (102) Georgia v. Randolph, 547 U. S. 103 (2006).
- (103) U. S. v. Mckerrell, 491 F. 3d 1221 (10th Cir. 2007).
- (104) 松浦調査官も、昭和六一年判決の評釈において、このような事情がない場合、すなわち、「承諾を得ず連行のうえ更に承

諾も得ず所持品検査をして証拠物を留置したといった場合まで、判決の示す適法性の判断方法が適用されるかは、なお流動的といえるのではなからうか」とされる（松浦繁「尿の提出及び押収手続は違法性を帯びるが尿についての鑑定書の証拠能力は否定されないとした事例」『最高裁判所判例解説 刑事事篇 昭和六一年度』七四頁）。

(105) 大澤裕・川上拓一「対話で学ぶ刑訴法判例 任意同行後の宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力」法教三二二二号（二〇〇六年）八二―八三頁〔大澤裕発言〕。

(106) 昭和五九年決定の「右取調べにせよ宿泊にせよ、結局、被告人がその意思によりこれを容認し応じていたものと認められる」という判示内容から、最高裁は意思決定の自由の存在を肯定していることは明らかである。

(107) 昭和五九年決定は、宿泊に関する被告人の答申書の内容について、「どこかの旅館に泊めて致だきたい」と記載されていたと認定しており、そこには捜査官の監視の有無については記載されていないかった。