

〔論 説〕

警察犬による捜査と憲法

藤 井 樹 也

はじめに

犯罪捜査をはじめとする現代の警察による諸活動においては、警察犬が多方面で活用されている。1975年の文献は、警察犬利用の例として、「犯人の逃走経路の捜査、被疑者の制圧・逮捕、迷子・家出人等行方不明者の捜索、遺留品の発見、施設の警戒・警備、人命の救助」のほか、「最近の英米における注目すべき傾向」として、「従来の用途に利用するほか」、「その他の方法によっては発見の容易でない麻薬捜索、爆発物捜索、ガス洩れ・埋葬秘匿死体の発見等」をあげているが¹、現在一般化していると思われる犬の鋭敏な嗅覚を利用した薬物犯罪等の取締りが、沿革的には比較的新しい現象であったことがわかり興味深い。その機能にはさまざまな分類が可能であるが、①吠える行動、噛みつく行動などの、他者に対する有形力の発揮により人を威嚇・制圧する機能と、②嗅覚などの優れた五感作用や運動能力などの、他者に対する有形力の発揮以外の特別な能力の発揮により、通常人が他の方法では知り得ない（または知ることが困難な）事実を発見・確認する機能とを大別することができよう。

警察犬の利用は、犯罪捜査等において大いに成果をあげている一方で、憲法との関係で様々な問題を生じさせる可能性がある。憲法による適正な刑事手続保障の要請だけでなく、身体的自由（移動の自由）や、プライバシー

1 今野耿介「麻薬捜査と警察犬」警察研究46巻12号14頁、14～16頁（1975）。

シーの権利、財産権などの実体的権利保障との関係が問われよう。この点で、アメリカ連邦憲法には、「搜索および逮捕・押収 (searches and seizures)」に対する憲法上の制限を明記する条項 (修正4条) があり、この規定はいわゆる選択的編入理論により、修正14条1項のデュー・プロセス条項を通じて州にも適用されている²。そして、連邦最高裁は近年にいたるまで、複数の事例において、警察犬を利用した捜査と修正4条の関係に関する判断を重ねており、日本の憲法・刑事手続法による手続的権利および実体的権利保障との関係でも、参考になる部分が少なくないと考えられる。

本稿では以下、第一に、警察犬による捜査の連邦憲法上の許容性が問題になったアメリカ連邦最高裁の判例を概観する。第二に、これらの事例を他の事例と比較しつつ、警察犬による捜査から生じる憲法上の問題点を、日本の場合にも言及しつつ検討する。

1 アメリカ連邦最高裁による警察犬判例の動向

(1) *Place*判決³

この事例は、空港での薬物探知犬による嗅覚検査のための荷物の一時的保管について、その連邦憲法上の許容性が問題とされたものである。

事案は以下のとおりである。被上訴人 (Place) がアメリカ国内の航空路線に搭乗した際、搭乗地 (Miami) で、嫌疑を抱いた捜査員によってスーツケース2個の検査要請を受け、被上訴人もこれに合意した。捜査員は、出発時刻が切迫していたため検査を見送ったものの、荷物のタグに記載された住所・電話番号の齟齬・虚偽を確認したため。降機予定地 (New York's La Guardia) を担当する連邦薬物取締局 (Drug Enforcement Administration: DEA) に情報を伝達した。伝達を受けたDEA取締官は、降機地における被上訴人の態度から麻薬所持の嫌疑を抱き、被上訴人が荷

2 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) (overruling Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)). JEROLD H. ISRAEL & WAYNE R. LAFAYE, ISRAEL AND LAFAYE'S NUTSHELL ON CRIMINAL PROCEDURE: CONSTITUTIONAL LIMITATIONS § 6.3 (a) (7th ed. 2006).

3 United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983). 中野目善則「麻薬探知犬による臭気選別」渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV 合衆国最高裁判決「第四修正関係」—搜索・押収』557頁 (2012)。

物検査を拒否したため、荷物を他空港（JFK）に移動させて薬物探知犬による嗅覚テストを実施したところ、探知犬が荷物の一つに反応した。この時点で、荷物の押収から90分が経過していたが、金曜午後の遅い時刻に達していたため、月曜朝まで荷物の保管が継続された後、捜索令状を得て取締官が荷物を開けた結果、コケイン1125グラムが発見されたというものである。無令状の押収が連邦憲法修正4条に反するとして、押収された荷物の内容物に関する証拠排除の主張がなされた。

O'Connor裁判官の法廷意見は、大要以下の理由により、本件事実のもとでの無令状押収が修正4条違反にあたるとして、これによって得られた証拠が許容されないと判断した。

- ①取締官が荷物中に麻葉が隠されているという合理的な考えに至った場合、逮捕の相当理由には至らない合理的な嫌疑に基づく限定的な武器捜索（停止・捜検）を容認したTerry判決⁴の理論に従い、荷物を検査するために一時的に保管することが許容される。
- ②人はその荷物に対して修正4条により保護されるプライバシー利益を有するが、よく訓練された探知犬による嗅覚テストは荷物の開披を要求しないので典型的な捜索よりも侵害度が小さいうえ、禁制品の存否を明らかにするだけであって、収集される情報は限られている。したがって、公の場所にある荷物を訓練された薬物探知犬による嗅覚テストにかける手続は、修正4条にいう「捜索」にあたらぬ。
- ③荷物を保管することにより、持ち主の身体的の自由が制限されることを考慮しなければならないが、本件では、押収後90分の留置期間が長すぎるという点だけでも、相当理由を欠く押収の合理性を認めることはできない。しかも本件では、降機地への到着時刻が事前に分かっていたので、修正4条が保護する利益の侵害を最小限にする準備が可能であった。
- ④また本件では、取締官が被上訴人に保管場所・保管期間・返却条件などの正確な情報を伝えていなかった点で、修正4条違反の度合いが強化され、本件措置は、麻葉が入っているという合理的嫌疑がある荷物を一時的に留置する警察の限定的権限を大きく逸脱している。

4 Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

以上をまとめると、*Place*判決は、結論的には無令状の本件押収を修正4条違反と判断したが、その後実施された薬物探知犬による嗅覚テストについては、修正4条にいう「捜索」に該当しないとして、同条の要件（捜索および逮捕・押収の合理性と令状を支える相当理由の要求）が直接妥当しないと判断した。薬物探知犬による嗅覚テストが緩やかな要件の下で許容される理由として、以下の諸点が考慮されている。

- ①荷物が公の場所にあること。
- ②よく訓練された薬物探知犬が検査をすること。
- ③荷物が開披されないこと。
- ④禁制品でない内容物が公衆の目にさらされないこと。
- ⑤嗅覚テストが禁制品の有無のみを明らかにすること。
- ⑥つまり、典型的な捜索よりも侵害度が小さな方法であり、収集される情報の内容が限定されていること。

（2）*Edmond*判決⁵

この事例は、薬物取締りを目的として実施され、薬物探知犬による嗅覚テストを伴う自動車検問について、その連邦憲法上の許容性が問題とされたものである。

事案は以下のとおりである。市警察（Indianapolis Police Department: IPD）が違法薬物の取締りを目的とする6か所の自動車検問所を設置し、約4ヶ月間に1000台を超える車両を停止させ104人を逮捕した（うち薬物犯罪は55人、「ヒット率」は9%弱）。各検問所では、あらかじめ決められたナンバーの車両を停止させ、警察官が運転者に免許証・登録証を提示させた後、車両の外側からの観察を行い、薬物探知犬に車両の周囲を歩かせた。また、捜索は同意または十分な嫌疑がある場合にのみ行うこととされ、合理的嫌疑または相当理由がない場合は停止時間を5分以内にとどめることとされた。検問所は日中に設置されることとされ、検問所の存在と薬物探知犬が使用されることを予告する照明つき看板が設置されていた。上記検問所で停止させられた被上訴人2名は、自身および停止させられた他のすべての運転者のために本件訴訟を提起して、連邦憲法修正4条（および

5 City of Indianapolis v. Edmond, 531 U.S. 32 (2000).

Indiana州憲法) 違反の主張をした。

O'Connor裁判官の法廷意見は、大要以下の理由により、検問所設置の主目的が一般的な犯罪対策と区別できないとして、これを修正4条違反と判断した。

①個別的嫌疑によらない搜索および逮捕・押収は不合理であるというのが修正4条の原則であって⁶、その例外 (*Martinez-Fuerte*判決⁷・*Sitz*判決⁸・*Prouse*判決⁹) は限られており、一般的な犯罪の証拠を得ることを目的とする検問所の設置は認められない。

②薬物探知犬に車両の周囲を歩かせることによって、検問の性質が搜索に変わるわけではない。*Place*事件の場合と同様、車両の外側の嗅覚テストは車内への立ち入りを必要とせず、麻薬の存否以外の情報を明らかにするものでもないので、典型的な搜索よりも侵害度が小さい。

③本件で問題になるのはむしろ検問所設置の主目的であり、本件措置の主目的は違法薬物の規制であった。*Sitz*事件・*Martinez-Fuerte*事件での検問も一般的な犯罪規制を目的とするものだったなら、ほとんどあらゆる目的の検問所設置が許容されてしまう。薬物問題の重大性も検問所設置を正当化する決め手にはならない。また、酒酔い運転の排除と免許証・登録証の確認という副次的目的による正当化を認めると、あらゆる目的の検問が可能になってしまう。本件検問所設置の主目的は一般的な犯罪対策と区別できないので、修正4条に違反する。

以上をまとめると、*Edmond*判決も*Place*判決と同様に、結論的には薬物規制を目的とする本件検問所設置を修正4条違反と判断したが、それに付随して実施された薬物探知犬による嗅覚テストについては、修正4条に

6 Citing *Chandler v. Miller*, 520 U.S. 305 (1997).

7 *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976) (不法入国外国人の取締りを目的とする嫌疑に基づかない短時間の検問を合憲とした)。

8 *Michigan Department of State Police v. Sitz*, 496 U.S. 444 (1990) (飲酒運転の規制を目的とする嫌疑に基づかない短時間の検問を合憲とした)。

9 *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979) (ハイウェイの安全確保のための運転免許証と登録証の確認を目的とする嫌疑に基づかない短時間の検問について、当該事件の警察官の行為は基準を欠く無制限の裁量の行使であったので違憲としたが、検問自体は合法的な手段だといえた)。

いう「捜索」に該当しないと判断した。その理由として、*Place*判決を引用しながら、以下の諸点が指摘されている。

- ①車内への立ち入りが要求されていないこと。
- ②嗅覚テストが禁制品の有無のみを明らかにすること。
- ③つまり、典型的な捜索よりも侵害度が小さい方法であること。

また、明示はされていないが、車両が公の場所にあること、よく訓練された薬物探知犬が検査をすることも、本件検問の方法に合致しており、上記判断の当然の前提となっていると考えることが可能である。

(3) *Caballes*判決¹⁰

この事例は、スピード違反取締りのために停止させた車両に対して実施された薬物探知犬による嗅覚テストについて、その連邦憲法上の許容性が問題とされたものである。

事案は以下のとおりである。被上訴人は、インターステイト・ハイウェイでのスピード超過を理由に州警察官 (Illinois State Trooper) Dによって停止させられた。その後、州警察薬物規制チーム (Illinois State Police Drug Interdiction Team) に属する別の警察官Cが、警察官Dによる無線連絡を傍受し、薬物探知犬を伴って現場に合流した。被上訴人が警察官Dのパトカー内で違反チケットに記入している間に、警察官Cが薬物探知犬を伴って路肩に停車中の被上訴人の車両の周囲を歩いたところ、探知犬がトランクに反応した。そして、探知犬の反応を理由に両警察官がトランク内を捜索した結果、マリワナが発見されたため、被上訴人は逮捕された。以上すべての手続は、10分足らずの時間内に行われた。州最高裁は、特定の・個別的な事実を根拠としない本件嗅覚検査によって、通常の交通規制が薬物捜査へと不当に拡張されたとして、嗅覚テストに基づく捜索によって得られた証拠を採用すべきでないという被上訴人の主張を容認した¹¹。

Stevens裁判官の法廷意見は、大要以下の理由により、合理的・個別的な嫌疑を根拠とせず実施された本件嗅覚テストが修正4条に違反しない

10 Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005).

11 People v. Caballes, 802 N.E.2d 202 (Ill. 2003).

と判断した。

- ①本件嗅覚検査が、スピード違反によって停止させられたこと以外の情報を根拠とせず実施されたと仮定して、以下検討する。
- ②本件ハイウェイ上での第一段階の停止措置が、相当理由に基づくものであって合法的であったことに争いはない¹²。また、その後の移動制限の継続が正当なものであった点についても、州裁判所の判断に従う。
- ③探知犬による嗅覚テスト自体が憲法上保護されたプライバシー利益を侵害するものでないかぎり、嗅覚テストが適法な停止措置の性質を変質させるとはいえない。
- ④禁制品を所持する利益は正当なものとはいえないので、禁制品の所持を明らかにするだけの政府行為は、正当なプライバシー利益を制約するわけではない（*Place*判決・*Edmond*判決を引用）。
- ⑤非禁制品については公衆の目に触れさせないように訓練された薬物探知犬を、合法的な車両停止の間に使用することは、一般的にみて正当なプライバシー利益を害さない。本件嗅覚検査も、交通法規違反を理由に合法的に停止させられた車両の外側で実施されたので、被上訴人のプライバシーへの期待の侵害は憲法違反の域には達していない。
- ⑥熱画像装置による住居内のマリワナ栽培の探索が違法な搜索にあたるとした *Kyllo* 判決¹³は、合法的行為（入浴時刻など）をも明らかにすることが可能な装置にかかわる事例だった点で本件と異なる。

本判決には、2名の裁判官による反対意見が各別に付されている。Souter 反対意見は、探知犬が間違える可能性を指摘し、嗅覚テストに基づく検査の結果必ず禁制品の存在が明らかにされるとはいえないので、この点で *Kyllo* 判決で問題となった熱画像装置と同様といえ、スピード違反以外の嫌疑を根拠としない嗅覚テストは修正4条によって認められない捜

12 ただし、当初合法的に開始された身体拘束が、不当に長時間にわたるなどの理由で後に修正4条違反になる場合があることは認められるとして、不合理な長時間の停止措置の間に実施された探知犬による嗅覚検査、および、その結果発見された禁制品を、憲法に違反する逮捕の成果物と認定した Illinois 州裁判所の先例が引用されている。People v. Cox, 782 N.E.2d 275 (Ill. 2002).

13 *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

素にあたるとしている。また、Ginsburg反対意見（Souter同調）は、本件探知犬が薬物探知を専門とする（爆発物等には反応しない）訓練を受けていたことから、切迫した公安上の危険を根拠に正当化することができないことを指摘している。

以上をまとめると、*Callales*判決は、*Place*判決・*Edmond*判決を先例として、別の理由に基づく合法的な車両停止に際して実施された薬物探知犬による嗅覚テストが、修正4条に反しないと判断した。その理由として指摘されたのは、以下の諸点である。

- ①嗅覚テストが合法的な車両停止の間に実施されたこと。
- ②禁制品の所持に関しては正当なプライバシー利益が認められないこと。
- ③よく訓練された薬物探知犬が検査をすること。
- ④禁制品でない内容物が公衆の目にさらされないこと。
- ⑤車内への立ち入りが要求されていないこと。
- ⑥以上から、プライバシーへの期待が侵害されていないこと。

上記のとおり、プライバシーへの期待に関する明示的言及が現れた点が、先例と比較した本判決の特徴だといえる。また、探知犬が間違える可能性に反対意見が言及していることも重要である。なぜなら、先例は、よく訓練された薬物探知犬が検査をすることと、嗅覚テストが禁制品の有無のみを明らかにすることをその許容性を支える根拠としてあげていたが、探知犬の反応に基づいて捜索を実施した結果、無関係な物品のみが他者の目にさらされ禁制品が発見されない場合が少なからず存在するのであれば、先例の拠り所の一角が崩れることになるからである。

（4）*Harris*判決¹⁴

この事例は、薬物探知犬の反応が、連邦憲法によって要求される車両の無令状捜索を行うための相当な理由を基礎づけるといえるかどうかの問題とされたものである。

事案は以下のとおりである。郡警察（Liberty County, Florida Sher-

14 Florida v. Harris, 133 S.Ct. 1050 (2013).

iff's Office) の警察犬担当官が、特定薬物を探知する訓練を受けた探知犬を伴ったパトロール中に、ライセンス・プレートの失効を理由に被上訴人の車両の停止を命じた。探知犬に車両の周囲の空気を嗅がせたところ、運転席側のドア・ハンドルに反応したため、捜索の相当理由があると判断し、車内捜索を実施したところ、上記特定薬物でなく、その一つ(メタンフェタミン)を製造するため原料物質を発見(その所持も州法上の犯罪とされる)、被上訴人を逮捕した。その後、被上訴人は薬物常用者であることを認めた。約2ヶ月後、同じ警察官がブレーキ・ランプの故障を理由に再び被上訴人の車両を停止させ、同じ探知犬が再び反応を示したが、今度は違法薬物が発見されなかった。裁判において、当該探知犬が十分な訓練を受けた証拠として以下の事実が示された。すなわち、当該警察官が別の犬とともに160時間の訓練を受けたこと、当該探知犬は120時間の訓練を受け、その後民間の認定機関から1年間有効の技能認定を受けたこと(ただし本件当時は失効)、当該警察官と当該探知犬がチーム結成ののち40時間の再訓練を受け週4時間の訓練を継続していること、そして、当該探知犬の成績が2段階の良い方であったことを示す訓練記録である。州最高裁は、本件で提出された現場記録が不完全である(失敗率が示されていないなど)として、捜索のための相当理由を否定した¹⁵。

Kagan裁判官の法廷意見は、大要以下の理由により、原判決が柔軟な常識基準に反するとして、探知犬の反応によって車内捜索の相当理由が認められると判断した。

- ①捜索を行う相当な理由は、機械的審査でなく、柔軟な全事情考慮のアプローチによって判断すべきである(Gates判決¹⁶を引用)。
- ②州最高裁が厳格なチェックリストを作成し、警察犬の成功・失敗の現場記録がないと相当理由を認めないことにしたのは、この状況全体の分析という方法に反する。また、記録されない成功・失敗があるので、現場記録は必ずしも正確ではない。
- ③被告人には、警察官への反対尋問や専門家証人の証言により、警察犬

15 Harris v. State, 71 So.3d 756 (Fla. 2011).

16 Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983). (匿名の手紙による薬物犯罪の内報に基づく捜索の相当な理由の判断は、伝統的な状況全体の考慮によるとして、本件捜索の相当な理由を肯定した。)

警察犬による捜査と憲法

の信頼性を示す証拠を攻撃する機会が保障されなければならない。

④すべての状況から証拠を評価し、警察犬の信頼性を示す証拠が挙げられ、これが覆されなければ、相当理由を認めるべきである。

⑤本件訓練記録により、当該探知犬の薬物探知能力についての実質的証拠が示されている。

以上をまとめると、*Harris*判決は、警察犬の反応によって捜索の相当理由が根拠づけられることを結論的に認めたが、その信頼性を攻撃する機会が被告人に保障されなければならないとして、相当理由が認められない場合があり得ることも認めたといえることができる。本件では、嗅覚テスト自体の合憲性は問題とされていないが、*Caballes*判決の反対意見によって指摘された探知犬の失敗可能性の問題が、嗅覚テストの次の捜索段階で、その合憲性を基礎づけるファクターとしてクローズアップされたといえることができる。

(5) *Jardines*判決¹⁷

この事例は、薬物探知犬による住居付属地 (curtilage) での嗅覚テストについて、その連邦憲法上の許容性が問題とされたものである。

事案は以下のとおりである。郡警察 (Miami-Dade Police Department) の捜査官Pが被上訴人の家屋内でのマリワナ栽培を知らせる未確認の内報を受け、警察と薬物取締局 (Drug Enforcement Administration) の合同チームが被上訴人宅におもむいた。捜査官Pは15分間家屋内を観察したのち、捜査官B (警察犬ハンドラー) と薬物探知犬を伴い家屋に接近した。当該探知犬は特定薬物に反応するよう訓練されていたが、敷地内の玄関前ポーチに近づくと、薬物臭を感知した反応を示し、玄関ドアの土台の臭いを嗅ぐと、臭いの最強点を発見したときの動作 (お座り) をした。その後、捜査官P自身がマリワナ臭を確認し、エアコンの継続稼働 (マリワナ水耕栽培に使用される強力電球からの発熱が原因と考えられた) を認めたとうえで、捜索令状を取得し、後日家屋内を捜索した結果、逃亡を図った被上訴人が逮捕されるとともに、植物マリワナが発見された。これにより被上訴人は大麻取引の罪で起訴された。Florida州最高裁は、被上訴人宅での本

17 Florida v. Jardines, 133 S.Ct. 1409 (2013).

件薬物犬の使用は相当な理由を欠く捜索にあたり、修正4条によりこの捜索によって得られた本件令状を無効と判断した¹⁸。

Scalia裁判官の法廷意見は、大要以下の理由により、玄関前ポーチで薬物探知犬を使用して家屋内にある物を調べた本件措置が、修正4条の捜索に該当すると判断した。

- ①「身体、住居、書類、所有物」(修正4条)への物理的侵襲による情報取得は、修正4条の原意による「捜索」にあたる(*Jones*判決¹⁹を引用)。財産権が修正4条違反の唯一の判断基準ではないとした先例(*Katz*判決²⁰)も、基本線である財産権保護を後退させるものではない。
- ②本件情報収集は、所有者の同意なしに敷地内に物理的に侵入して行われた。住宅付属地と呼ばれる家屋の周囲の土地は修正4条にいう家屋の一部であり、プライバシーへの期待が最も高い場所であって、玄関前ポーチはこれにあたる。
- ③本件捜査官には、勧誘や販売のための立ち入りと異なり、黙示の立入許可があったとはいえ、慣習上立ち入りを許されているともいえない。
- ④州側は、薬物探知犬による捜査が性質上プライバシーを害しないと主張して先例(*Place*判決・*Jacobsen*判決²¹・*Caballes*判決)をあげたが、*Jones*判決はプライバシーへの合理的期待がないという主張を否定して、所有物(自動車)へのGPS装置の物理的装着が捜索に該当すると判断した。プライバシーへの合理的期待テストは、修正4条の伝

18 *Jardines v. State*, 73 So. 3d 34 (Fla. 2011).

19 *United States v. Jones*, 565 U.S. ___, 132 S.Ct. 945 (2012). (令状を得て自動車にGPS装置を装着し、令状に特定された範囲を超えて自動車の動きをモニターした捜査機関の行為が、修正4条にいう捜索にあたるとした。)

20 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). (テレフォン・ブースの外部から行われた会話の電子的盗聴・録音が、諸事情の総合衡量により修正4条の「捜索および逮捕・押収」に該当するとした事例。Harlan同意意見がプライバシーへの現実の期待とその社会的合理性が必要であると述べている。)

21 *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984). (民間の輸送業者が破損したパッケージ内にある白い粉末状の物質を発見して薬物取締部に通報し、取締官が化学的テストの結果この粉末がコケインであることを確認した事例で、当該措置はプライバシーへの正当な期待を害していないので修正4条にいう捜索に該当しないとして、事前に令状を取得する必要はないとした。)

統的な財産権的理解に追加されたものであって、これに代替するものではない。

本判決には、3裁判官による同意意見があるほか、4裁判官による反対意見が付されており、その結果5対4の僅差となった。Kagan同意意見(Ginsberg・Sotomayor裁判官が同調)は、本件措置がtrespass(不法侵入)であるだけでなく、プライバシーへの合理的期待の侵害にもあたると明言した。他方で、Alito反対意見(Roberts長官・Kennedy・Breyer裁判官が同調)は、人びとが玄関に近づいて短時間とどまる行為が一般に許容されていること、警察犬が修正4条の成立時の英米を含めて長年法執行に利用されてきたこと、住居から合法的に立ち入り可能な場所に発散される臭気に関してはプライバシーへの合理的期待があるとはいえないこと、公道からの熱画像装置による家屋内調査が捜索にあたるとした先例(Kyllo判決)は新技術に関する事例であって長年使用されてきた犬とは異なることを指摘し、本件捜査が修正4条にいう捜索に該当しないと述べた。

以上をまとめると、*Jardines*判決は、本件事実のもとで実施された薬物探知犬による嗅覚テストが修正4条にいう捜索に該当するとして、同条の要件を満たさなければこのような嗅覚テスト自体が憲法上許されないと判断したといえることができる。この点で、明示的又は黙示的に薬物探知犬による嗅覚テストが修正4条にいう捜索にあたらない(または修正4条違反ではない)とした諸先例(*Place*判決・*Edmond*判決・*Caballes*判決・*Harris*判決)との差異に注意が必要である。本件では、住居付属地と呼ばれる家屋の周囲の私有地に薬物探知犬を伴った捜査官が所有者の同意なしに立ち入るという方法が、諸先例で用いられた捜査方法と異なっていたといえる。

2 若干の考察

(1) アメリカの諸事例をどのように考えるか

以上に概観したアメリカ連邦最高裁での諸事例について、以下の四点を、順次検討する。

第一に、警察犬をめぐるアメリカの諸事例は、犯罪等の捜査・取締りのいくつかの異なる場面に関わっている。*Place*判決で直接問題とされたのは薬物探知犬による嗅覚テストの前段階にあたる留置手続の合憲性であっ

たが、同時に嗅覚テスト自体の合憲性に関する言及がなされた。*Edmond* 判決・*Caballes*判決・*Jardines*判決でも、嗅覚テスト自体の合憲性への言及がある。これに対して、*Harris*判決で問題となったのは、合法的に実施された嗅覚テストによって、後続の捜索手続を正当化できるかという問題であった。すなわち、嗅覚テスト自体が合憲・合法であったとしても、さらに、嗅覚テストを実施するために行われたその前段階の手続 (*Place* 判決)、嗅覚テストをその一環として含む手続全体 (*Edmond*判決)、または、嗅覚テストを前提とするその後続手続 (*Harris*判決) について、合憲性の問題が別個に生じうるということがわかる。

第二に、警察犬の使用とプライバシー保護との関係が問題となる。とりわけ、連邦最高裁が*Katz*判決 (*Harlan*同意意見) 以降、修正4条の要求をプライバシーへの合理的期待を基準に判断していると理解されてきた²²ことから、警察犬使用とプライバシー保護との関係は重要な考慮ファクターだといえる。探知犬による嗅覚テストは、一方で、荷物の開披や車両・住居への立ち入りを必ずしも要しないことから、その所有者が公開を欲しない私的物品を公衆の目に触れさせることなく捜査機関が必要とする情報を取得することを可能にする方法といえ、この点でプライバシーを保護する機能があると考えることができる。*Place*判決において指摘され、その後の諸判例でも参照された、荷物が開披されないこと、禁制品でない内容物が公衆の目にさらされないこと、禁制品の有無のみを明らかにすることといった薬物探知犬による嗅覚テストの諸特性は、この方法が典型的な捜索よりも侵害度が小さな方法であること、つまり、プライバシーに対する侵害度が小さいことを裏づけている。

しかし他方で、臭気 (におい物質) は一般の人にとって目に見えず、一般の人が感知できないレベルの臭気であっても探知犬には十分に感知可能であることが少なくないため、多くの人は、臭気の発散という形で自己情報が拡散していることを認識していない。探知犬による嗅覚検査は、必ずしも人が予期していないうちにその人に関する私的情報を外部から収集す

22 Orin S. Kerr, *Four Models of Fourth Amendment Protection*, 60 STAN. L. REV. 503, 504 n.1 (2007) (citing *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979)). 伝統的理解に対するKerrによる批判については、稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護(5)―熟議による適正手続の実現を目指して―」法学論叢172巻2号1頁、12~26頁(2012)を参照。

るという特質をもっているものであり、この点で、前述の点とは逆に、プライバシー侵害的な方法だということが可能である。アメリカ連邦最高裁の諸判例は、この点に関連して、嗅覚テストが禁制品の有無のみを明らかにすることというファクターを指摘している。もっとも、このようにいうためには、探知犬による失敗率が無視できない程度に高くないことが条件となるのであり、アメリカ連邦最高裁も、*Caballes*判決以降、この問題に言及するようになってきている。とりわけ、探知犬が禁制品の存在を伝える反応を示したにもかかわらず、それが間違いであった結果、探知犬の反応を根拠として実施された後続の捜索によって禁制品を発見できないケースが増加すると、それに応じてプライバシーに対する侵害度も大きくなるということが出来る。

第三に、警察犬の使用と連邦憲法が保護していると考えられる他の実体的権利、とりわけ、身体的自由（移動の自由）および財産権との関係が問題になる。まず、身体的自由（移動の自由）について考えると、薬物探知犬による嗅覚検査は多くの場合、人（または車両）の移動の自由を少なくとも一時的に制限して実施される。したがって、探知犬検査を実施するために無令状で必要以上の長時間人の身体的自由を奪うと、探知犬検査自体が修正4条の捜索に該当しない場合であっても、その手段としての身体拘束が修正4条の逮捕の要件を満たすかどうか問われることになる。*Place*判決では、荷物を保管することによって持ち主の身体的自由が制限されることを考慮しなければならないとして、この点への若干の言及がなされている。

つぎに、財産権との関係を考えると、薬物探知犬による嗅覚検査が実施される場所が問題となり、これが家屋や車両の外部から実施されるのか、その内部に立ち入って実施されるのが問題となる。この点に関する限界事例といえるのが*Jardines*判決であり、ここでは、家屋の内部には立ち入っていないが、玄関ポーチというほとんど家屋内に近接した場所であり、しかも形式上は所有地内であるという微妙な場所にあたる住居付属地での嗅覚テストが、財産権保護を重視する法廷意見によって修正4条違反とされた。もっとも、法廷意見に参加した5名の裁判官のうち3名が、プライバシーへの合理的期待が同時に侵害されていることを指摘する同意意見に加わっていることを考えると、修正4条のプライバシー権的理解を廃してその財産権的理解を徹底する立場が連邦最高裁の多数になったとみる

ことはできない。さらに、警察犬の使用と財産権との関係という問題は、コモン・ロー上のtrespass（不法侵入）法理や、住居のあり方に関する各国の慣習や伝統とも関係している。前者については、自動車にGPSを装着しその移動をモニターした捜査機関の行為が修正4条にいう捜索にあたるとしてJones判決が、trespass法理を修正4条解釈の基準とした例であると理解し、Jardines判決もJones判決の手法を踏襲したとみる見解がある²³。後者については、たとえば日本の住居の構造と比較してみると、アメリカの郊外や地方における一般的な住居では、所有地の周囲に堀や生け垣を設置することによって立ち入り禁止の黙示的意図を発信していないように（少なくとも多くの日本人の目には）みえるのであって、所有者による黙示の立ち入り許可の有無を判断する上で、各国の慣習や伝統の違いを考慮することが求められるといえよう。

第四に、探知犬による嗅覚テストと他の新技術との関係を考える必要がある。前述のように、多くの人は、臭気の発散という形で自己情報が拡散していることを必ずしも正確に認識しておらず、探知犬による嗅覚検査には、その人が予期せぬ私的情報を外部から収集するという側面があるが、この特質は、従来存在していなかった新技術が登場し、これを利用した情報収集が実施される場合と共通している。

連邦最高裁の先例にあらわれた関連事例の例として、Ciraolo判決²⁴をあげることができる。この事例は、密告電話に基づき、警察官が自家用飛行機を使用して上空1000フィートから被上訴人の家屋の裏庭（フェンス等で遮られ地上からは見えないようになっていた）でのマリワナ栽培を裸眼で観察するとともに写真撮影し、その後令状を取得したうえでマリワナを押収したというもので、連邦最高裁は、住居付属地の内部での植物栽培であっ

23 *Leading Case: I. Constitutional Law: D. Fourth Amendment - Trespass Test - Florida v. Jardines*, 127 HARV. L. REV. 228 (2013). (Jardines判決はJones判決のtrespass法理を玄関ポーチでの探知犬による嗅覚テストに適用したとし、Jones判決のtrespassテストは、非暴力犯罪事例で生成した物理的侵襲を基準とする機械的テスト〔bright-line physical intrusionテスト〕の一種だと理解する。そのうえで、マリワナの捜索でなく誘拐された子供の捜索の場合、機械的テストであるtrespassテストでは捜索は許容されないが、balancing・テストであれば合理性が認められると指摘している。)

24 *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986).

たとはいえ、誰でも飛行可能な空からの観察は物理的侵入を伴わないので、プライバシーへの合理的期待を侵害しないとして修正4条に反しないと判断した。ここでは、飛行機を使用した上空からの観察という、多くの人が必ずしも予期していない方法を使用した情報収集方法が用いられたといえる。ただ、最高裁は、ここでの情報収集方法が、だれでも飛行可能な上空の公共航空域から裸眼で観察可能な対象物を見たにすぎないとして、新技術によるものではなく一般的な方法によるものであったことを強調している。そうだとすると、これが例えば、高性能な望遠レンズを使用した観察であった場合や、人工衛星からの観察であった場合には、一般的であるとはいえない方法による情報収集であったとして、修正4条との関係で許容されない可能性があるということになる。

また、*Caballes*判決・*Jardines*判決によって言及されている *Kyllo*判決も、新技術を使用した情報収集の許容性に関する事例であったといえる²⁵。同判決は、公道から熱画像装置を使用して家屋内の温度を測定するという情報収集方法が修正4条の捜索に該当すると判断したが、この装置の使用と探知犬による嗅覚検査との間には、少なくとも以下のような重要な差異がある。すなわち、*Caballes*判決が指摘したように、よく訓練された探知犬は、禁制品の有無という限られた情報のみを伝達することを期待できるのに対し、熱画像装置の使用によって得られる情報には、マリワナ等の栽培によって生じた発熱だけでなく、シャワーや調理の熱など他の情報が含まれるという点である。また、*Jardines*事件と *Kyllo*事件とを比較すると、捜査機関が情報収集を実施した場所が住居付属地の内部であったか公道上であったかという差異があり、*Jardines*判決も探知犬検査の違憲性の根拠をこの点に求めていた。したがって、公道上で探知犬が家屋内のにおいに反応した場合に、*Kyllo*判決との相違点の一つが解消され、*Jardines*判決の射程がそのままには妥当しなくなるといえる。*Jardines*判決の反対意見が指摘するように、警察犬の使用が長年一般的とされてきた点を重視するのか、それとも、熱画像装置と同じように人がこれまで予期してこなかった情報を収集する新技術と共通する点を重視するのか、このどちらの立場をとるかによって、探知犬による嗅覚検査の許容性に関する評価も左右されることになろう。

25 稲谷・前掲注(22) 25~26頁を参照。

なお、将来的に、におい物質の化学的メカニズムの解明が進み、例えば公道上に設置した電子機器を車両や家屋の方向にセットするだけで、その内部から発散されるにおい物質の種類を特定したり、内部の禁制品の有無を判定したりすることが可能になる時代の到来も想像される。これは、警察犬が電子機器に代替される事態だといえるが、失敗率の低減や不要情報の遮断率の上昇はプライバシー侵害の危険を低下させるといえ、この点は新たな情報収集方法を許容する要因として作用すると考えられる。しかし他方で、この種の装置は*Kyllo*判決によって公道からの使用も許されないとされた熱画像装置と同様、一般に使用されてこなかった新技術であるともいえ、どの特性を重視して新たな情報収集方法の許容性を評価すべきか、という困難な問題がここでも生じることになる。

(2) 日本の場合はどうか

以上に検討したアメリカの諸事例に含まれるさまざまな問題点が、日本の憲法・刑事手続法のもとでどのような意味をもつのか、以下検討する。

第一に、日本の判例上、警察犬を使用した臭気鑑定が問題になった例として、いわゆる警察犬カール号事件に関する昭和62年最高裁決定²⁶をあげることができる。事案は以下のとおりである。強姦致傷（および無免許・酒気帯び運転の道交法違反）の被疑事実により起訴された被告人に対し、司法警察員が臭気選別を実施し、それによって作成された報告書が、被告人と犯人の同一性を証明するための証拠として第1審裁判所に提出された。本件臭気選別は、犯人の足跡、現場付近の遺留品A（靴下）、遺留品B（車両の取っ手）から採取した各臭気と、被告人の臭気C（寝具）・D（履き物）とを、誘惑臭を加えて照らし合わせる方法で実施された。1回目の臭気選別の結果、足跡の臭気と遺留品A・Bの臭気の同一性については、それぞれ3回中3回の正解が得られた。また、2回目の臭気選別の結果、遺留品Aと被告人の臭気C・Dの同一性についても、それぞれ3回中3回の正解が得られたが、被告人の臭気CとDの同一性については、5回中3回の正解にとどまった。第1審は、2回目の選別結果に疑問があるとしなが

26 最一決昭和62年3月3日刑集41巻2号60頁。田口浩二「警察犬による臭気選別」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選（第9版）』70頁（2011）。

らも、事実を総合して被告人による犯行であることが合理的疑いを容れない程度に明らかになったとして、被告人を有罪と判断し、これに対する控訴も棄却された。最高裁は、以下のように述べて上告を棄却した。

「各臭気選別は、右選別につき専門的な知識と経験を有する指導手が、臭気選別能力が優れ、選別時において体調等も良好でその能力がよく保持されている警察犬を使用して実施したものであるとともに、臭気の採取、保管の過程や臭気選別の方法に不適切な点のないことが認められるから、本件各臭気選別の結果を有罪認定の用に供しようとした原判断は正当である（右の各臭気選別の経過及び結果を記載した本件各報告書は、右選別に立ち会った司法警察員らが臭気選別の経過と結果を正確に記載したものであることが、右司法警察員らの証言によつて明らかであるから、刑訴法321条3項により証拠能力が付与されるものと解するのが相当である。）」

この事例では、裁判で有罪を立証するための証拠を確保する手段として、警察犬による嗅覚テストが実施されている。ある研究によると、学説には、臭気選別結果の証明力を肯定できないとする見解、問題点を指摘しつつ慎重な判断を要求する見解、問題点を指摘しそれを解消する措置を講じたうえで証明力を肯定する見解の3種を区別することができるという²⁷。もっとも、同種の事例に関する下級審判断は証明力の問題とするものと証拠能力の問題とするものとに分かれているといい²⁸、本最高裁決定も、証拠の許容性の問題と証明力の問題とを必ずしも明確に区別していないという指摘がある²⁹。

前述のアメリカ連邦最高裁の諸事例においては、多くの場合証拠を確保する捜索の前段階で実施された嗅覚テストの許容性が問題とされていた。嗅覚テストを手がかりにして実施される後続の捜索によって、裁判に提出される証拠の確保が図られるという図式である。これに対して、日本で多用されている手段は、嗅覚テストによって得られた結果事態を証拠として

27 谷口敬一「臭気鑑定 of 証明力」判例タイムズ736号4頁、5頁（1990）。

28 田口・前掲注（26）149頁。

29 成瀬剛「科学的証拠の許容性（1）」法協130巻1号1頁、33～36頁（2012）。

裁判に提出しようというものであるだけに、被告人の有罪・無罪をダイレクトに左右する重大な局面に嗅覚テストが関わっているということが出来る。アメリカでは近年、探知犬が間違える可能性が問題にされるようになり、*Harris*判決ではいかなる記録によって警察犬の信頼性を裏づけることができるかが問題とされた。日本の場合、上記最高裁決定は、以下の諸点を指摘している。

- ①選別につき専門的な知識と経験を有する指導手であること。
- ②臭気選別能力が優れ、選別時において体調等も良好でその能力がよく保持されている警察犬を使用して実施すること。
- ③臭気の採取、保管の過程が適切であること。
- ④臭気選別の方法が適切であること。

そして原判決は、「カールは、当時選別能力の高い年齢とされる生後6歳であつて、警察犬訓練学校で高等過程までの訓練を修了し、警察犬の九州地区の大会で2年連続優勝を飾り、全国大会でも3位になったことがあるほか、この種の大会において常に上位にランクされ、多数の賞を得た経歴の警察犬であつて、その能力は警察犬の中でも特に優秀と判定され、日頃の訓練も十分なされ、かつ、100回を超える出勤経験を有していたことが認められるのであつて、その能力、経歴等に照らしてその選別能力は特に高度のものと認めることができる」と述べ、その証拠として、当該警察犬が競技会で優秀な成績をあげた表彰状や感謝状が提出されている。ただ、臭気選別結果が直接裁判での証拠となるかどうか問われる局面に関わることに加え、警察犬に対して直接反対尋問を行うことが不可能であることに鑑みると、もっぱら異なる局面が問題とされてきたアメリカ連邦最高裁の判例法理をそのまま適用することは困難であり、慎重な検討が求められると考えられる。

第二に、日本においても、プライバシーとの関係を考える必要がある。日本の憲法・刑事手続法のもとでも、アメリカの場合と同様、警察犬による捜査は、手続的権利だけでなく実体的権利との関係でさまざまな問題を生じさせる。探知犬による嗅覚テストが憲法35条によって保障される捜索の制限との関係で問題になるほか、例えば、逮捕に際して警察犬が有形力の発揮する場合には、過剰な実力行使の違法性が問題となろう。また、探

知犬による嗅覚テストやその前後に付随する手続が、身体的自由、財産権、プライバシーの権利などの実体的権利との関係で問題になりうることも、アメリカの場合と同様である。

プライバシーとの関係を考えるうえでは、以下の点にとくに留意が必要である。すなわち、探知犬による嗅覚テストには、外部からは従来は分からなかった家屋・車両・荷物等の内部の情報を収集するという点を可能とするという点で、熱感知装置やX線照射装置などの新技術と共通する部分があるので、これら新技術によるプライバシー侵害についてもあわせて検討する必要があるということである。

近年の最高裁判例で注目されるのは、捜査機関がX線照射装置によって荷物の中身を確認した事例に関する平成21年第三小法廷決定³⁰である。事案は以下のとおりである。警察官が覚せい剤密売の疑いが生じている者に対する宅配便の配送状況を宅配便業者の営業所に照会したところ、不審な荷物があることが判明したため、営業所長の承諾を得て、荷送人・荷受人の承諾を得ることなく、当該荷物にX線を照射して内部の様子を観察した。その結果、細かい固形物が詰められた長方形の袋と思われる射影が確認されたため、捜索差押許可状の発付を得て配送先を捜索したところ、覚せい剤等が発見されたというものである。最高裁は以下のように述べ、X線検査自体は違法と判断したものの、証拠収集方法の違法性の程度や証拠の重要性などの諸般の事情を総合考慮した結果、本件証拠の証拠能力を肯定した。

本件X線検査によって観察された「射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。」

30 最三決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁。笹倉宏紀「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」ジュリスト1398号（臨時増刊）『平成21年度重要判例解説』208頁（2010）を参照。

本決定で問題とされたX線検査を探知犬による嗅覚テストと比較すると、禁制品以外の内容物を相当程度特定される可能性があるという点に重要な違いがあるといえる。この点は、アメリカ連邦最高裁の*Kyllo*判決で問題となった熱画像装置について指摘された特質に共通するものがある。また、*Jacobsen*判決で問題となった事例も本件と共通する部分が多いが、*Jacobsen*事件の場合は偶然破損した荷物中に白い粉末状の物質が確認されたという事例であった点で本件と異なっていたということが可能である。これらの事例を考え合わせると、新技術による家屋・車両・荷物等の内部の確認とプライバシーの関係を考えるに際しては、禁制品以外の内容物に関する情報を開示する可能性が重要な考慮要素になるということができよう。

おわりに

歴史書に記録されている「神判」には、いわゆる「火審」や「水審」のほか、動物を使用した判定方法もあったとされ、過去の日本にも、蛇に噛みつかれるかどうかで有罪・無罪を判断する裁判例の存在が記録されているという³¹。警察犬を使用した捜査についても、ダイレクトに有罪・無罪を判断する証拠として、正確性を欠く情報を不用意に使用することを認めると、動物を使用した過去の神判と同様の様相を帯びる事態が発生するといえ、とりわけ刑事手続の文脈においては慎重な姿勢が求められる。

他方で、アメリカ連邦最高裁判決の意見中でも指摘されているように、犬と人とのかかわり合いの歴史は長く、犬の能力の科学的メカニズムの解明は未だ不完全であるとしても、その使用方法如何によっては、経験的に相当程度の確度をもった情報の取得が可能であるとされ、実際の捜査においても大きな成果があがっているなど、現代において、警察犬の活用が犯罪の予防・取締りに有効であることも確かである。

ただ、犬と人との間で不完全ながら何らかの意思疎通が可能であるとしても、言語による会話ができない以上、反対尋問による被疑者・被告人の防禦権には大きな制約が生じざるを得ない。警察犬を使用した捜査については、憲法による手続権・実体権保障との間に緊張関係が生じていることを認識しつつ、その活用を図ってゆく姿勢が重要であると考えられる。

31 清水克行『日本神判史 盟神探湯・湯起請・鉄火起請』2頁、207頁（2010）。