

アメリカにおける非開封の荷物検査

—— 麻薬探知犬のバイナリー論を手がかりとして ——

松 代 剛 枝

- 1 序
- 2 禁制物の存否情報のみを開披する手法（アメリカ）
 - (1) 探知犬による検査
 - (2) 「電子的探知犬」による検査
 - (3) 参考：薬物予試験・磁気カードスキミング
- 3 禁制物の存否以外の情報をも開披する手法（アメリカ）
 - (1) 金属探知検査
 - (2) エックス線検査
 - (3) 参考：サーモグラフィ検査
- 4 検討——わが国との比較において
 - (1) わが国の裁判例等
 - (2) 検討
- 5 跋

1 序

不正薬物や爆発物の探知のために犬の鋭敏な嗅覚を利用して行われる荷物検査⁽¹⁾は、開封を伴わない限り一般に「搜索」にあらず、従って合衆国憲

(1) アメリカ法において、探知犬による検査は、対象が手荷物か配送荷物かで扱いを隔差づけられてこなかった。JOHN J. ENSMINGER, POLICE AND MILITARY DOGS: CRIMINAL DETECTION, FORENSIC EVIDENCE, AND JUDICIAL ADMISSIBILITY ch. 12, at 193 (2012, pap. 2019). 他方、人に対する場合には別途の考慮を求める見解も強い。KEN WALLENTINE, STREET LEGAL: A GUIDE TO PRE-TRIAL CRIMINAL PRO-

法第4修正の掣肘を受けない。その理由は、合衆国最高裁⁽²⁾によれば、①禁制物の存否という二択情報^{バイナリー}を開披するにすぎず、プライバシー侵害の程度が低い—或は侵害がない—からである(バイナリー論)。荷物内部の適法な情報をも開披するエックス線検査が一般に搜索にあたと解されていることは、たしかにこの説明と整合する。しかし、従前アメリカ裁判例を繙けば、探知犬による検査が(エックス線検査と異なり)搜索にあたらぬ理由として、②公領域への漏出臭気をただ捕集する受動的^{パッシブ}手法にすぎず、荷物内部への能動的^{アクティブ}干渉がないから、或は、③犬の嗅覚は「一般に使用されている感覚増幅技術」にすぎず、荷主はこれに対するプライバシー期待をもたないからといった立論にも、検討の余地がある。

本稿では、刑事訴訟法の観点から、アメリカにおける非開封の荷物検査について近時の議論状況を俯瞰し、わが国の今後の方向性を探る。

2 禁制物の存否情報のみを開披する手法(アメリカ)

(1) 探知犬による検査⁽³⁾

1983年のUnited States v. Place⁽⁴⁾は、空港の乗客手荷物に対する犬の不

CEDURE FOR POLICE, PROSECUTORS, AND DEFENDERS ch.9, at 269 (2d ed.2020); JOHN N.FERDICO ET AL., CRIMINAL PROCEDURE FOR THE CRIMINAL JUSTICE PROFESSIONAL 479 (12th ed.2015).

(2) 後述2(1)のPlace/Caballes判決。

(3) ENSMINGER, *supra* note 1, chs.10-13, 17; WALLENTINE, *supra* note 1, ch.9; 1 WAYNE R.LAFAVE, SEARCH AND SEIZURE §2.2(g) (6th ed.2020 & Supp.2022-23). See also Leslie A. Shoebottom, *Canine Drug-Detection Evidence: Admissibility, Canine Qualifications, and Investigative Practices*, in CANINE OLFACTION SCIENCE AND LAW ch.15 (Tadeusz Jezierski et al.eds., 2016, pap.2020); 1 JOSHUA DRESSLER ET AL., UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE: INVESTIGATION §6.09 (8th ed.2021); Alex C.Carroll, *Weed, Dogs & Traffic Stops*, 21 Wyo.L.Rev.1 (2021). 今野耿介「麻薬捜査と警察犬」警研46巻12号14頁(1975), 清水真「捜査方法としての遮蔽空間の探知に関する考察」明治大学法科大学院論集8号31頁(2010), 藤井樹也「警察犬による捜査と憲法」成蹊80号330頁(2014), ジョシュア・ドレスラー=アラン・C・ミカエ

正薬物探知検査の事案である。捜査官は、不審な挙動を示す搭乗予定客 Place に対して麻薬所持の疑いを抱き、加えてその手荷物のアドレスタグにも不審な点があったことから、目的地の LaGuardia 空港に到着後、Place の拒絶にもかかわらず当該手荷物を留め置き、近隣の JFK 空港まで運んで探知犬による検査 (canine sniff) に付した。犬が積極反応を示したため捜索令状が発付・執行され、手荷物の中からコカインが発見された。合衆国最高裁は、本件荷物検査につき、「合理的な嫌疑 (reasonable suspicion)」下での短時分の留め置きを許容する Terry 判決⁽⁵⁾に沿って判断した。すなわち、探知犬の検査については、荷物が非開封でかつ開封情報が禁制品存否のみに限られるため「捜索」にあたらぬが、(犬の積極反応までの) 90 分間の荷物留め置きゆえに違法「押収」であると結論づけた⁽⁶⁾。

2005 年の Illinois v. Caballes⁽⁷⁾は、自動車に対する犬の不正薬物探知検査の事案である。合衆国最高裁は、捜査官がスピード違反の Caballes 運転車両を適法に路上に停めた際に、薬物容疑のない状況で当該車両の周囲を薬物探知犬により検査したことにつき、適法と判断した。なぜなら、禁制品所持の利益は「正当である (legitimate)」とはいえず、「禁制品所持のみを開披す

ル (指宿信監訳) 『アメリカ捜査法』 § 6.08 [松代剛枝翻訳担当] (レクスネクス・ジャパン, 2014) [DRESSLER ET AL., *supra* (4th ed. 2006) の翻訳書], 大野正博「薬物探知犬を用いた捜査手法とプライバシー」朝日 48 号 1 頁 (2016)。

- (4) U.S. v. Place, 462 U.S. 696 (1983). 評釈, 渥美東洋編『米国刑事判例の動向 IV』557 頁 [中野目善則] (中央大学出版部, 2012)。
- (5) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).
- (6) 犬が積極反応を示した後も、捜査官は週末を挟んで荷物を留め置き続け、月曜朝に捜索令状を得た。裁判所は、90 分間の留め置きは短時分 (briefly) でなく不合理であるうえ、留め置きの場所・期間や事後の返却方法を Place に告げなかった点で問題はさらに深刻であると述べた。
- (7) Ill. v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005). 評釈, 洲見光男・アメリカ法 2006-I 号 113 頁 (2007), 二本柳誠・比較法学 41 巻 1 号 251 頁 (2007)。See also Ric Simmons, *The Two Unanswered Questions of Illinois v. Caballes: How to Make the World Safe for Binary Searches*, 80 TUL. L. REV. 411 (2005).

る当局の行為は『正当なプライバシー期待を損なわない』からである（下線，原語 *only* 字体強調）。

2014年の *State v. Eichers*⁽⁸⁾は、運送過程下の荷物に対する犬の不正薬物探知検査の事案である。捜査官は、早朝に空港の郵便施設ベルトコンベア監視中に見かけた航空荷物について、発送元が悪名高い麻薬都市であることと、航空便は迅速で麻薬輸送に利用されやすい一方で私人が利用するには高額すぎることから不審に思い⁽⁹⁾、当該荷物をベルトコンベアから床に降ろして探知犬による検査に付した。犬が積極反応を示したため捜索令状が発付・執行され、荷物の中からコカイン等が発見された。荷物は同日午後に当局監視の下で荷受人 *Eichers* 宅に配達された。Minnesota 州最高裁は、本件検査のための荷物の留め置き及び床への移動を「有意義な干渉 (*meaningful interference*)」とは認めず、また探知犬による検査には「合理的な嫌疑」を要しないと述べて、本件検査を適法とした。

現在、探知犬による検査は一般に捜索にあたらぬものとして、「相当な理由」や「合理的な嫌疑」なしに行われている。但し、例えば運送過程下の荷物の場合、探知犬による検査のため数分から数十分程度留め置くならば別論、数時間から1日の遅れを生じるのであれば、留め置きとの関係で「合理的な嫌疑」を要する⁽¹⁰⁾。なお、州によっては州憲法に基づき、探知犬による検査自体に「合理的な嫌疑」を要求する例も一部みられる⁽¹¹⁾。

(8) *State v. Eichers*, 853 N.W.2d 114 (Minn.2014).

(9) 不審事由の例として他に、過剰な密封梱包、配送料の現金払い、荷札の誤綴り等がある。ENSMINGER, *supra* note 1, at 193.

(10) WALLENTINE, *supra* note 1, at 266-67.

(11) *See, e.g.*, *Pooley v. State*, 705 P.2d 1293, 1310-11 (Alaska Ct. App.1985) (空港手荷物/*reasonable suspicion* 必要); *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710, 717 (N.H.1990) (車周囲/*reasonable and articulable suspicion* 必要); *People v. Offen*, 585 N.E.2d 370, 372 (N.Y.1991) (宅配荷物/*reasonable suspicion* 必要); *People v. Boylan*, 854 P.2d 807, 811 (Colo.1993) (宅配荷物/*reasonable suspicion* 必要); *People v. Haley*, 41 P.3d 666, 674 (Colo.2001) (車周囲/

(2) 「電子的探知犬」による検査⁽¹²⁾

荷物周囲から不正薬物や爆発物の存在を検知しうる技術として、ガスクロマトグラフィ質量分析 (GC/MS) がある。この技術を用いた検査機器は、荷物内部には干渉しない^{トレース}追跡式でさしあたり禁制物の存否情報のみを開披するため、探知犬との類似性から「電子的探知犬 (electronic canine)」といわれる。

この技術で爆発物を探す ETD (Explosive Trace Detector : 追跡式爆発物探知機) の「Egis」は、手荷物表面を拭き取って回収した微粒子を分析器に入れ、気化物等から TNT やニトログリセリン等の存在を検知するもので、空港の手荷物検査に使われる。不正薬物を探す「Sentor」も同様の仕組みで、荷物周囲の微粒子を捕集・分析し、コカインやヘロイン等の存在を検知する。こちらは税関・麻薬取締局・FBI で使われる⁽¹³⁾。

Sentor は、実際の探知犬に比べて、①精度が高く極微量でも検知しうるため、不正薬物とは無関係の人や荷物 (の表面や周囲にある微粒子) にも時に反応しうる⁽¹⁴⁾。また、②人は公に晒されていると自ら知っている事柄につ

reasonable suspicion 必要); *People v. Cox*, 782 N.E.2d 275, 281 (Ill. 2002) (車周囲/specific and articulable facts 必要); *State v. Tackitt*, 67 P.3d 295, 302-03 (Mont. 2003) (車周囲/particularized suspicion 必要); *People v. Devone*, 931 N.E.2d 70, 74 (N.Y. 2010) (車周囲/founded suspicion 必要); *State v. Eichers*, 840 N.W.2d 210, 220 (Minn. Ct. App. 2013) (宅配荷物/reasonable, articulable suspicion 必要). ENSMINGER, *supra* note 1, at 154, 194; DRESSLER ET AL., *supra* note 3, § 6.09[B], at 99.

(12) LAFAVE, *supra* note 3, § 2.2(h), at 741-47.

(13) *Id.* at 743.

(14) Peter Joseph Bober, *The “Chemical Signature” of the Fourth Amendment: Gas Chromatography/Mass Spectrometry and the War on Drugs*, 8 SETON HALL CONST. L.J. 75, 112-17 (1997); LAFAVE, *supra* note 3, § 2.2(h), at 746, 747 n. 558. *See also* *Lord v. State*, 616 So.2d 1065 (Fla. Dist. Ct. App. 1993) (被疑者の取り落とした 1 ドル紙幣——流通するもの——にコカインの痕跡があったことのみでは、有罪判決の根拠として足りない)。

いてはプライバシーの期待をもたない⁽¹⁵⁾反面、捜査官が「一般に使用されていない感覚増幅技術」を用いた場合にはプライバシーの侵害が認められてきたこと⁽¹⁶⁾との関係でも、問題になりうる。従って、実際の犬にかかる判例論理を「電子的探知犬」に及ぼしうるかどうかは、定かでない。

(3) 参考：薬物予試験・磁気カードスキミング

禁制物存否情報のみの開披を捜索の枠外におくバイナリー論は、荷物検査以外の場面にも適用されうる。

まず、薬物予試験について⁽¹⁷⁾。1984年のUnited States v. Jacobsen⁽¹⁸⁾は、民間運送会社Federal Expressによる運送過程下の荷物の中にあつた白色粉末入りビニール袋に対し、捜査官が同袋から微量粉末を取り出して薬物予試験に付した事案である。その場でコカイン反応（検査薬による所定の色変化）が得られ、荷物宛先に対する捜索令状が請求・発付された。合衆国最高裁は、前年の前掲Place判決に則り、「対象物がコカインであるか否かのみを明らかにする化学検査は、正当なプライバシー利益を損なわない」ので、捜索にあたらぬとした。

尤も、運送会社に荷物を留め置いて中身を取り出した点や、検査のため私有物を費消した点も、押収との関係で問題になりうる。ただ本件の場合、運送過程で誤って荷物外装を破損した運送会社が、保険請求の関係で中身を確認し、上記ビニール袋等を偶々発見、麻薬捜査局に通報したという経緯があ

(15) Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 351 (1967).

(16) See, e.g., Dow Chemical Co. v. U.S., 476 U.S. 227, 238 (1986). 評釈, 椎橋隆幸編『米国刑事裁判判例の動向VI』157頁〔成田秀樹〕(中央大学出版部, 2018)。松代剛枝『監視型捜査手続の分析』14-19頁(日本評論社, 2018)参照。Sentorは1台15万ドルであることから、一般に使用されているとはいえない(LAFAVE, *supra* note 3, § 2.2(h), at 743-44)。

(17) *Id.* § 2.2(d), at 663; DRESSLER ET AL., *supra* note 3, § 6.09[C], at 100.

(18) U.S. v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984). 評釈, 渥美東洋編『米国刑事裁判判例の動向IV』462頁〔前島充祐〕(中央大学出版部, 2012)。See also State v. Funkhouser, 467 P.3d 574 (Mont. 2020).

った。捜査官は開封済みの当該荷物を引き渡されたにすぎず、さらに検査のための費消も些少で「些細な影響しかない (have only a *de minimis* impact)」ことから、本件では許容の結論に至った⁽¹⁹⁾。

次に、磁気カードリーダーによる^{スキミング}情報読取りについて⁽²⁰⁾。2015年の *United States v. Bah*⁽²¹⁾ は、捜査官がスピード違反の Bah 運転車両を適法に路上に停めた際に運転免許失効の事実を知り、その場で Bah を逮捕した事案である。当該車両はレンタカーであったため牽引の必要が生じ、法令に基づく「押収車両の保管物品搜索 (inventory search)」が行われたところ、車両内のグローブボックスやトランクから大量の磁気カード (クレジットカード等) が見つかった。捜査官が磁気カードリーダーで読み取った各カードの情報は、カード表面記載の情報とは異なっていた (真正のカードではなかった)。連邦第 6 区控訴裁判所いわく、まず、侵入 (trespass) 法理との関係では、磁気カードスキミングは憲法上保護された領域へと「物理的に入り込んでいない (involves no physical penetration)」⁽²²⁾ から、問題はない。次に、プライバシー保護法理との関係でも、磁気ストライプの記録情報は買い物等で取引

(19) *De minimis non curat lex* (法は些事に関せず)。「有意味な干渉」がある場合に押収にあたる (*Jacobsen*, 466 U.S. at 113)。See *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583, 591-92 (1974) (公的場所に置かれていた車両に対するタイヤの検分と外装塗料のサンプル採取に限られた「搜索」は、プライバシー期待を侵害しない——仮に侵害があるとしても抽象的理論的なものにすぎない——ので、第 4・第 14 修正に反しない。但し「相当な理由」はある事案)。なお、*Jacobsen* 判決は、検査のための微量費消が常に合理的なものとして許容されるわけではないとも付言した (*Jacobsen*, 466 U.S. at 125 n.28)。See also *State v. Joyce*, 639 A.2d 1007 (Conn. 1994)。

(20) *LAFAVE*, *supra* note 3, § 2.2(d), at 666.

(21) *U.S. v. Bah*, 794 F.3d 617 (6th Cir. 2015)。See also *U.S. v. Alabi*, 943 F. Supp.2d 1201, 1286-87 (D.N.M. 2013), *aff'd*, 597 Fed. Appx. 991 (10th Cir. 2015); *U.S. v. DE L'Isle*, 825 F.3d 426, 433 (8th Cir. 2016); *State v. Hillaire*, 857 F.3d 128, 130 (1st Cir. 2017)。

(22) *Bah*, 794 F.3d at 630。「物理的に立ち入っていない (not involve physical intrusions)」ともいう。*Id.*

店に日常的に読み取られていることや、ほぼ同じ情報がカード表面にも記載されていることから、問題はない。さらに、「磁気ストライプのスキミングは通常、適法でない行為の存否を開披するのみである」。すなわち、「禁制物所持のみを開披する当局の行為は、正当なプライバシー利益を損なわない。犬の探知検査が^{ハンドラー}指導致し薬物の存在（……）のみを知らせるのと同様、磁気ストライプの記録情報を知るためのカードスキミングは、既に捜査官が当該カードを物理的に手にしている場合には、『違法情報の存否のみ』を開披する。開披情報は、カード表面と同じであるか、或は、クレジットカード詐欺の犯行に使われる別のアカウントであるかのいずれかである」⁽²³⁾。従って、本件スキミングは許容された。

3 禁制物の存否以外の情報をも開披する手法（アメリカ）

(1) 金属探知検査⁽²⁴⁾

金属探知機は、禁制物以外の金属の存在をも探知する。なお、金属探知検査の場合、対象が人か荷物かで法的扱いは隔差づけられてこなかった⁽²⁵⁾。

1972年のUnited States v. Epperson⁽²⁶⁾は、空港の金属探知検査の事案である。搭乗手続時に金属探知機が反応したため、合衆国執行官がEppersonの携えている上衣を調べたところ、拳銃が発見された。連邦第4区控訴裁判所いわく、「金属探知機の使用は、第4修正にいう『搜索』にあたる。……実際、プライバシーの通常の期待のある領域において金属を探してその存在を発見することこそが、金属探知機の目的・機能である」。但し、「武器の発見

(23) *Id.* at 632, quoting *Alabi*, 943 F. Supp. 2d at 1271.

(24) LAFAYE, *supra* note 3, § 2.2(d), at 658.

(25) U.S. v. Albarado, 495 F.2d 799, 806 (2d Cir. 1974).

(26) U.S. v. Epperson, 454 F.2d 769 (4th Cir. 1972). *See also* U.S. v. Lopez, 328 F. Supp. 1077 (E.D.N.Y. 1971); U.S. v. Bell, 464 F.2d 667 (2d Cir. 1972); *People v. Kuhn*, 306 N.E.2d 777 (N.Y. 1973); *Albarado*, 495 F.2d; *Bourgeois v. Peters*, 387 F.3d 1303 (11th Cir. 2004).

及びハイジャックの防止のみを目的とする搜索——すなわち武器及び犯罪が起こりそうな状況（precriminal events）の発見を目的としていないもの——は、金属探知機による個人のプライバシーへの最小限の侵害を十分に正当化する」ため、本件検査は例外的に許容された。

2004年の *Bourgeois v. Peters*⁽²⁷⁾ は、ある団体が非暴力で抗議活動を行う定例集会を予定していたところ、市がその日程に合わせて集会場所に通じる路上に検問所を設け、金属探知検査を行った事案である。連邦第11区控訴裁判所はこれを搜索にあたるとした上で、空港事案でない本件では合理的な例外も成立しないため、違法であると判断した。

(2) エックス線検査⁽²⁸⁾

エックス線検査による開披情報は、禁制物存否に限られない。同検査は、視界から隠されている物の情報を開披する点で金属探知検査と同じく搜索にあたるが、内容物の形状まで開披する点でその侵害の程度はより高い⁽²⁹⁾。

2003年の *United States v. Young*⁽³⁰⁾ は、民間運送会社 Federal Express の運送過程下の荷物に対するエックス線検査の事案である。脱税容疑で Young を内偵中の捜査官が、運送会社に依頼して Young 名及び共犯者名の荷物を持ち出させ、エックス線検査に付したところ、中身は多額の現金であることが判明した。この検査結果に基づき、当該荷物等に対する搜索令状が請求・発付された。連邦第11区控訴裁判所は、運送過程下の荷物内容物にかかる被告人らの正当なプライバシー期待を推認し、本件エックス線検査を

(27) *Id.* 国防省管轄の教育機関 WHINSEC への抗議活動の事案である。

(28) LAFAYE, *supra* note 3, § 2.2(d), at 658-59.

(29) *U.S. v. Henry*, 615 F.2d 1223, 1227 (9th Cir. 1980); *U.S. v. Haynie*, 637 F.2d 227, 230 (4th Cir. 1980).

(30) *U.S. v. Young*, 350 F.3d 1302 (11th Cir. 2003). 他方、国際郵便物や国際貨物については、別途の考慮もありうる。*State v. Gallant*, 308 A.2d 274 (Me. 1973); *State v. Allman*, 336 F.3d 555 (7th Cir. 2003). *See* LAFAYE, *supra* note 3, § 2.2(d), at 659 n.159.

搜索にあたる判断した。但し、運送会社の承諾があることにより、或は、同社の航空貨物運送状には現金送付の禁止と同社の荷物調査権限とが明記されていて⁽³¹⁾プライバシー期待が低下することにより、本件エックス線検査は適法とされた。

(3) 参考：サーモグラフィ検査

サーモグラフィ（赤外線カメラ）とは、あらゆる物体が発する不可視の赤外線放射を感知し、各物体が発する温もりに比例して画像へと変換することにより、遮蔽物の向こう側を「見る」機器である⁽³²⁾。

2001年の *Kyllo v. United States*⁽³³⁾ は、(荷物でなく) 家屋に向けてサーモグラフィを使用した事案である。捜査官は *Kyllo* が自宅で大麻草を栽培しているとの情報を得たことから、令状も *Kyllo* の承諾もなしに、公道上から同機器を用いて当該建物を検査した。建物各壁の熱分布状況から屋内で大麻草栽培用のハロゲン灯を使用していることが疑われたため、捜査官はこの検査結果に基づき搜索令状を得て建物に立ち入り、栽培中の大麻草を発見した。合衆国最高裁は、5対4の僅差でこれを違法とした。プライバシーの脈絡で5名の法廷意見⁽³⁴⁾いわく、『『憲法上保護された領域への』物理的な『立入り (intrusion)』なしには得られなかったはずの家屋内部に関する情報を、感覚増幅技術によって得ることは、搜索にあたる——少なくとも(本件のように) 当該技術が一般に使用されていない場合には』⁽³⁵⁾。他方、4名の反対意見⁽³⁶⁾によれば、サーモグラフィによる本件検査は搜索にあたらぬ。なぜ

(31) 前掲 *Jacobsen* 判決の事案では、この記載はなかった。 *Young*, 350 F.3d at 1307.

(32) *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 29-30 (2001).

(33) *Id.* 評釈, 洲見光男・アメリカ法 2003-I号 204頁 (2003), 大野正博・朝日 31号 27頁 (2004), 津村政孝・ジュリ 1434号 135頁 (2011).

(34) *Scalia* 法廷意見 (Souter, Thomas, Ginsburg, Breyer 同調).

(35) *Kyllo*, 533 U.S. at 34. ここで引用されている *Silverman v. U.S.*, 365 U.S. 505, 512 (1961) も、直接には「家」の不可侵性について述べたものである。

なら、同機器は家の外壁から出る熱をただ拾うものであり⁽³⁷⁾、かつ、得られる情報もたかが熱分布にすぎないからである（後者に対しては、法廷意見の側より、浴室内の様子等もわかるとの反論がある）。

4 検討——わが国との比較において

(1) わが国の裁判例等

探知犬による検査は、わが国でも行われている⁽³⁸⁾。ただ、その法的性質については、従来あまり論じられてこなかった。

税関では「電子的探知犬」のTDS検査も行われている⁽³⁹⁾。TDS検査（Thermal Desorption Spectrometry：昇温脱離ガス分析）とは、手荷物等の表面に付いている微粒子を専用材で拭き取って採取し、真空加熱／昇温により発生した気化物を質量分析計で測定することで、不正薬物や爆発物の存在を検知するものである。すなわち、^{パッシブ}受動的的手法により、さしあたり禁制物の存在のみを検知する。最判平成28年12月9日⁽⁴⁰⁾は、税関で品名不詳の国際郵

(36) Stevens 反対意見 (Rehnquist (C.J.), O'Connor, Kennedy 同調)。

(37) サーマグラフィの性質につき、「家の外表から出る熱を受動的に測定 (passively measure) しただけである」(Kyllo, 533 U.S. at 42-43)、「エックス線検査その他の『壁を貫通する (through-the-wall)』技術と違って、……『権限なしに建物内へと物理〔学〕的に入り込むこと (physical penetration)』はない」(id. at 43) などという（下線、松代）。

(38) 警察庁編『昭和53年版警察白書』第4章5(4)（大蔵省印刷局、1978）（「最近では麻薬、覚せい剤や爆発物等特殊な捜査活動に従事する警察犬の訓練、育成も図られている」）、同『昭和57年版』第4章4(6)（同、1982）（警察犬は「麻薬、覚せい剤の捜索に目覚ましい活躍をしている」）。税関においても、1979年に麻薬探知犬を導入して以降、2002年には爆発物探知犬を、2009年には銃器探知犬を導入している。財務省関税局関税課税関調査室編「税関発足150周年記念誌：貿易の発展とともに歩んできた税関」26頁（同室、2023）。https://www.customs.go.jp/zeikan/pamphlet/zeikan150_kinenshi/pdf/zeikan150_kinenshi_all.pdf（2024年2月9日最終閲覧）。

(39) 爆発物痕跡探知装置に不正薬物探知機能を追加し、2005年より運用されている。同105頁。

(40) 最判平成28年12月9日刑集70巻8号806頁。評釈、前田雅英・捜研794

便物に対する輸入禁制物有無等確認のための外箱開封・TDS検査・内容物仮鑑定が行われた事案において、「発送人及び名宛人の……プライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではない」と述べ、各措置を許容した。関税法76条・105条下でのプライバシー期待の低さと郵便事業株式会社の承諾による許容構成は、アメリカ法における空港手荷物や国際郵便物の別途扱いと比較可能である。TDS検査の法的性質については詳述されなかった。

東京地判平成4年7月9日⁽⁴¹⁾は、遺失物に対し覚醒剤予試験を行った事案において、「用いる検体の量が極微量で足りるとはいえ、対象物の一部を用いて化学変化を生じさせる点において、その部分を処分する行為であるといわざるを得ず、基本的には権限者の承諾を得るか又は令状を得て行われなければならない」と述べた。これは、物的な費消面を些細と捨象した前掲Jacobsen判決の姿勢とは、異なるようにみえる⁽⁴²⁾。

[66卷2]号2頁(2017)、笹田栄司・法教439号121頁(2017)、高倉新喜・法セ748号122頁(2017)、洲見光男・刑ジャ52号128頁(2017)、河村有教・海保大研究報告法文学系62卷1号171頁(2017)、岸野薫・Watch21号13頁(2017)、緑大輔・同199頁、中島徹・平成29年度重判解28頁(2018)、笹倉宏紀・刑ジャ56号39頁(2018)、馬渡香津子・最判解刑事篇平成28年度235頁(法曹会、2019)。加えて、池田公博・第154回判例刑事法研究会報告(2017年12月16日、於神戸大学)。TDS検査関連事案として他に、千葉地判令和2年6月19日判時2501号120頁。

- (41) 東京地判平成4年7月9日判時1464号160頁。評釈、井上宏・研修543号23頁(1993)、最新判例研究会・捜研507〔43卷2〕号91頁(1994)、田口守一・判時1506〔判評430〕号236頁(1994)。東京高判平成6年7月28日高判集47卷2号267頁、幕田英雄『捜査法解説〔第4版〕』170頁(東京法令、2019)参照。
- (42) 但し、田口・前掲注(41)240頁は、本件予試験は旧遺失物法1条1項但書〔現4条1項但書にほぼ相当〕により許されるべきであったという。これは、非禁制物には同条の返還義務が生じることから、その確認のため禁制物か否か

(450)

運送過程下の宅配荷物に対するエックス線検査については、最決平成 21 年 9 月 28 日⁽⁴³⁾が、荷送人または荷受人の承諾か検証令状を要すると判示した。本件は、覚醒剤密売容疑で被疑者を内偵中の捜査官が、運送会社に依頼して当該被疑者宛の荷物を借り受け、近隣の空港内税関へと持ち出してエックス線検査に付した事案である。最高裁によれば、本件検査は「その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、検証令状を要する強制処分にあたる（従って本件捜査は違法である）。これに対し、本件 1・2 審判決⁽⁴⁴⁾は、本件検査を任意処分と捉えて適法としていた。なぜなら「荷送人及び荷受人のプライバシー等を侵害するものであることは否定できないが、宅配荷物の外部から照射したエックス線の射影により内容物の形状や材質を窺い知ることができるにとどまり、プライバシー等の侵害の程度が大きいはいえない」からである（2 審）。最高裁と 1・2 審との結論差は、開披情報の量や質の理解差ともみえる（そうであれば、例えば金属探知検査は本件最高裁決定の射程外であろう）。他方、学説においては、開封しなければ知りえなかったはずの情報を得る点に着眼し、開披情報の量や質の議

は令状なしに検査しようとの趣旨であり、バイナリー論的許容構成にもみえる。

- (43) 最決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁。評釈、正木祐史・法セ 660 号 128 頁（2009）、笹倉宏紀・平成 21 年度重判解 208 頁（2010）、池田公博・法教 354 号〔セレクト 2009-Ⅱ〕39 頁（2010）、緑大輔・速判解 6 号 209 頁（2010）、坂口拓也・研修 748 号 15 頁（2010）、葛野尋之・法時 83 卷 2 号 122 頁（2011）、大野正博・朝日 40 号 193 頁（2011）、赤松亨太・捜研 717〔60 卷 3〕号 30 頁（2011）、関口和徳・北法 61 卷 6 号 276 頁（2011）、大場史朗・久留米 65 号 81 頁（2011）、井上正仁・刑訴法百選〔第 9 版〕70 頁（2011）、増田啓祐・最判解刑事篇平成 21 年度 371 頁（法曹会、2013）、安村勉・刑訴法百選〔第 10 版〕62 頁（2017）。
- (44) 大阪地判平成 18 年 9 月 13 日刑集〔参〕63 卷 7 号 890 頁、大阪高判平成 19 年 3 月 23 日同 911 頁。

論を介さずに強制処分と位置づける見解も有力である⁽⁴⁵⁾。

最近では、税関手荷物に対する NQR 検査^{アクティブ}（能動的手法であるが、さしあたり禁制物存否情報のみ開披するもの）⁽⁴⁶⁾等の技術開発も進んでいる。

(2) 検討

遮蔽された私的領域、特に家屋内部の情報は、プライバシー保護法理と侵入法理のいずれによっても基本的に保護される。

バイナリー論に対しては、プライバシー期待の有無は対象物が何であるかではなく、プライバシー保持のために講じた措置如何（視界遮断等）で判断されるべきであるとの批判が当初からあった⁽⁴⁷⁾ところ、前掲 *Kyllo* 判決の法廷意見は、立ち入らなければ知りえなかつたはずの家屋内部に関する (*regarding*) 情報を「少なくとも一般に使用されていない感覚増幅技術」により取得することは、プライバシー保護の観点から許されないとした（手法の^{アクティブ}能動/^{パッシブ}受動は不問）。同判決が「家の中では……全ての事が私事である」（下線、原語 *all* 字体強調）と述べたことは、バイナリー情報もその保護下にある

(45) 井上・前掲注 (43) 71 頁。See also U.S. v. Beale, 736 F.2d 1289, 1293-94 (9th Cir. 1984) (Pregerson, J., dissenting). 前掲 *Young* 判決に比べ、本件で運送会社の同意による許容構成がとられなかつたのは、わが国における「(国内) 宅配便」へのプライバシー期待のあり方によるのかもしれない（井上・前掲参照。比較、前掲最判平成 28 年 12 月 9 日）。

(46) 財務省国税局「スマート税関の実現に向けたアクションプラン 2022」35 頁（2022 年 11 月 28 日）<https://www.customs.go.jp/zeikan/seido/smart/actionplan.pdf>（2024 年 2 月 9 日最終閲覧）。NQR 検査とは、特定周波数の電磁波の照射により原子核に生じる核四重極共鳴（Nuclear Quadrupole Resonance）を利用して、不正薬物や爆発物の存在を検知するものである。J.H. Flexman et al., *The Detection of Explosives in Airport Luggage Using the Direct Nuclear Quadrupole Resonance Method*, in *DETECTION OF BULK EXPLOSIVES* 113-24 (Hiltmar Schubert & Andrey Kuznetsov eds., 2004), 糸崎秀夫「爆発物・不正薬物センシング技術」計測と制御 48 巻 10 号 738 頁（2009）、同「空港における最先端セキュリティセンサ」応用物理 81 巻 2 号 121 頁（2012）。

(47) 前掲 *Jacobsen* 判決の Brennan 反対意見（Marshall 同調）。

ことを窺わせる。

侵入法理との関係では、2013年の Florida v. Jardines⁽⁴⁸⁾がある。これは、Jardines が自宅で大麻草を栽培しているとの情報を得て、捜査官が探知犬とともに当該家宅の玄関ポーチに立ち入った事案である。犬の積極反応及びその後の捜査官自身の大麻臭確認等に基づき搜索令状が発付・執行され、家の中から大麻草が発見された。合衆国最高裁は、探知犬による本件検査を5対4の僅差で違法とした。5名の法廷意見⁽⁴⁹⁾によれば、捜査官は玄関ポーチという私有地 (curtilage) に立ち入って本件検査を行っており、違法である。すなわち、得られたのが禁制物存否情報のみであっても、まずは侵入法理により第4修正に抵触する⁽⁵⁰⁾。

ただ、Kyllo 判決の4名反対意見⁽⁵¹⁾は、電磁波照射をも「入り込み」と捉えた反面、受動的手法による熱分布情報の取得を許していた。Jardines 判決の4名反対意見⁽⁵²⁾も同様に、(curtilage の領域保護の低さを前提に) 受動的手法によるバイナリー情報の取得を許した。

翻って、開封しなければ知りえなかったはずの荷物内部の情報全てにつき、令状や承諾のない取得をプライバシー保護の観点から禁じる見解は、わ

(48) Fla. v. Jardines, 569 U.S. 1 (2013). 評釈, 滝谷英幸・比較法学 48 卷 2 号 97 頁 (2014), 藤井樹也・アメリカ法 2014-II 号 419 頁 (2015)。

(49) Scalia 法廷意見 (Thomas, Ginsburg, Sotomayor, Kagan 同調)。なお, Kagan 同意意見によれば, プライバシー侵害にもあたる (Ginsburg, Sotomayor 同調)。

(50) 近時の裁判例は, 侵入法理とプライバシー保護法理の適用の先後関係につき, 線引きの比較的容易な前者を先にするようにみえる。U.S. v. Jones, 565 U.S. 400, 412 (2012); Collins v. Va., 584 U.S. 586, 595 (2018)。これは必ずしも家屋関連事案に限られない (前掲 Bah 判決)。

(51) 前掲注 (37) 参照。

(52) Alito 反対意見 (Roberts (C.J.), Kennedy, Breyer 同調) によれば, 訪問客の立入りが許されている玄関ポーチに捜査官と探知犬が立ち入っても問題はなく, そのような場所に漏出しているバイナリー情報にプライバシー期待はないため, 本件捜査は適法である。

が国でも学説上有力である（前述4（1））。この見解によれば、禁制物の存否情報のみ開披するNQR検査も、なお搜索にあたりうる。他方で、Kyllo判決の反対意見は、電磁波の「入り込み」をも侵入論理で斥けるといふ別論理の可能性を示したが、この見解によってもNQR検査は、その能動的^{アクティブ}手法ゆえに搜索にあたることになろう（税関等は別論の余地がある）。

ただ、前者見解の場合、アメリカ裁判例の「少なくとも一般に使用されていない感覚増幅技術」という基準には、曖昧さが残る。後者見解の場合、情報の受動的^{パッシブ}取得に対する次段階のプライバシー保護法理の射程が、肝要となる（Kyllo/Jardines判決の反対意見は「開披情報が些細/バイナリーであること」をもうひとつの許容要件としており、些細/バイナリーを超える情報についてはプライバシー保護法理からの保護もありうるように読める）。

エックス線検査に関する前掲最決平成21年9月28日の「プライバシー等」には、プライバシー保護法理と侵入法理の双方が含まれうる⁽⁵³⁾。同決定は開披情報の量や質の如何を適否基準としているようにみえるが、そもそも能動的^{アクティブ}取得事案であったことに鑑みれば、Kyllo/Jardines判決の反対意見の枠組みとの擦り合わせも可能であるように思われる。或は、情報の能動的^{アクティブ}取得に対する領域保護との二段構えで、情報の受動的^{パッシブ}取得に対しては、開封しなければ知りえなかつたはずの荷物内部の情報全てをプライバシー保護下におくことも、ひとつのありうる枠組みである。

5 跋

遮蔽空間内部の情報を非開封で取得する技術の発達は、法理論に影響する。本稿ではアメリカのバイナリー論を取り上げ、これを手がかりとしてプ

(53) 赤松・前掲注(43)35頁。プライバシー法理に先立ち侵入法理を適用したともみえる最近の裁判例として、東京高判令和3年3月23日高刑裁速(令3)号138頁。

(454)

ライバシー保護法理及び侵入法理の各射程を探った。本稿の序、探知犬の検査についていえば、「搜索」にあたらぬ理由として、ライバシー保護法理からは「一般に使用されている感覚増幅技術」たりうること、侵入法理からは^{パッシブ}受動的的手法であることが、(少なくとも現在では)バイナリー論に先行して考慮されているように思われる。

ライバシー保護法理と侵入法理との関係や各法理の射程⁽⁵⁴⁾について、本稿の検討はなお不十分である。近時、検査対象が人である場合(着衣下に隠匿された銃や不正薬物を外から探知する技術)を念頭に、手法の^{アクティブ}能動/^{パッシブ}受動の別にあらためて注目する向きもある⁽⁵⁵⁾。

-
- (54) 前掲注(45)(50)(53)。両法理を二段構えで適用する可能性とその際の適用の先後関係については、別稿でも触れている。松代・前掲注(16)90頁、同「私領域のごみ置場に置かれたごみの取得捜査——アメリカ法を手がかりとして」『寺崎嘉博古稀祝賀(上)』117, 120-124頁(成文堂, 2021), 同「ごみの押収——東京高判令和3年3月23日を手がかりとして」『刑事司法と社会的援助の交錯(土井政和=福島至古稀祝賀)』346, 352-353頁(現代人文社, 2022)。
- (55) LAFAVE, *supra* note 3, § 2.2(d), at 661. 廣本宣久ほか「テラヘルツボディスキャナによる隠匿物質の識別法とパッシブ/アクティブ測定の比較検討」ITE Technical Report 41巻3号25頁(2017)参照。なお、アメリカにおいて銃は一般に禁制品にあたらぬが、禁制品とする法域を想定したバイナリー論の可能性も指摘されている。LAFAVE, *supra*, at 664; DRESSLER ET AL., *supra* note 3, § 6.09[C], at 100-01.